



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diez de mayo de dos mil diez

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión, según acta No. 018 de 6 de mayo de 2010.

*Proceso: Abreviado - Competencia Desleal
Demandante: OUTSOURCING DESARROLLOS EN INFORMATICA LTDA. "ODI"
Demandado: BBVA COLOMBIA S.A.
Radicación: 110013103027200000907-02.
Asunto: Apelación Sentencia.
Procedencia: Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.*

Decide el Despacho el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2007.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Outsourcing Desarrollo en Informática Ltda., formuló demanda contra BBVA Banco Ganadero S.A. para que, por las vías de un proceso abreviado de competencia desleal, se declare que la demandada incurrió en las conductas descritas en los arts. 9 y 15 de la ley 256 de 1996 y se le condene al pago de los perjuicios ocasionados en la suma de \$ 800'000.000.oo.

2. Como supuestos fácticos se informó: que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios el 30 de octubre de 1995, en virtud del cual la demandante prestó asesoría de análisis y desarrollo de programación y, suministró personal idóneo en el área de informática al banco demandado. Relata que el banco, a pesar de la autonomía de la demandante, realizó retiros de personal



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

adscrito a la empresa de outsourcing sin que mediara informe alguno con la decisión unilateral adoptada.

Refiere que el banco efectuó retiros y traslados masivos de personal de la actora que era quien fungía como empleadora y tenía la responsabilidad de las obligaciones laborales con los trabajadores y que, no bastando dicha conducta vinculó en varios casos al personal retirado de la outsourcing de manera directa, poniendo de manifiesto una intervención y manipulación de la entidad financiera con los funcionarios.

Con ocasión de tales actuaciones, la demandante dice haber reportado pérdidas respecto de los ingresos que venía facturando con el banco, pérdida de su activo más importante que era el personal calificado y deterioro de su buen nombre, como de los conocimientos y experiencia transmitidos a los empleados usurpados.

3. La demanda se admitió mediante auto de fecha 13 de febrero de 2001, providencia notificada a la parte demandada, quien contestó y propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Culpa exclusiva del demandante en la producción del daño que alega”*, *“Ausencia total de responsabilidad del Banco Ganadero S.A.”* y *“Ausencia de fines concurrenciales en la actuación del Banco Ganadero”*, además la *“innominada”*.

4. La audiencia prevista en el art. 101 del C. de P.C. se surtió culminando con fracaso de la fase conciliatoria, por lo que, no habiendo medidas de saneamiento que adoptar ni excepciones previas para resolver, se fijó el litigio sin modificación de las pretensiones y excepciones de fondo propuestas.

5. Por auto de octubre 29 de 2001 se abrió a pruebas el proceso, decretando las solicitadas por las partes, que fueron practicadas en su integridad, por lo que, finalizado su recaudo, se dio paso a la etapa de alegatos de conclusión, derecho del que hicieron uso las partes.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Culminó la primera instancia declarando no probadas las excepciones de mérito y en su lugar, declarando la incursión de la demandada en actos de competencia desleal de los contemplados en los arts. 9 y 15 de la ley 256 de 1996, con la



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

correspondiente condena a favor de la demandante, al pago de \$ 800'000.000.oo por concepto de perjuicios, previo desprecio de la objeción por error grave del dictamen pericial.

Encontró el *a quo* que entre el 30 de abril y el 1º de julio de 2000 se produjeron 46 renunciaciones de empleados vinculados con la compañía de outsourcing y que de ellos, varios fueron contratados por el banco sin presión alguna.

Halló probado que el banco demandado se irrogó atribuciones que no le correspondían, hecho producido en el interregno entre la ejecución de los contratos de trabajo, es decir antes de las renunciaciones y la vinculación de los trabajadores de manera directa al banco, por lo que consideró que se daba la conducta desleal por cuanto la demandada no desvirtuó la presunción legal establecida en el art. 5 de la ley 256 de 1996 y su conducta fue objetivamente idónea para desplazar la fuerza de trabajo de la demandante y mantenerse la demandada en el mercado. De igual manera, es desleal conforme al art. 9 porque tuvo como “EFECTO” desorganizar la empresa.

LA APELACION

Sustenta su recurso la inconforme en tres aspectos básicos: (i) Inexistencia de competencia: por cuanto considera que la demandada no actuó con fines concurrenciales, que demandante y demandada desarrollan actividades económicas distintas y por tanto no son competidores ni colegas; (ii) el principio de relatividad de los contratos: vinculado a la autonomía de la voluntad que tiene la demandada para contratar o no, junto con el hecho de que los contratos celebrados por los extrabajadores de la actora con el banco no lo fueron bajo presión de éste; y (iii) Inexistencia de competencia desleal por renuncia voluntaria: aspecto en el cual enuncia de manera subsidiaria que, en el caso de admitirse posición de competencia entre las partes, se debe tener en cuenta que los trabajadores renunciaron voluntariamente a sus cargos en la sociedad demandante.

Por su parte, argumenta la demandante, oponiéndose a la prosperidad de la apelación, que el banco demandado retiró masivamente a los trabajadores que le suministraba la actora y los vinculó directamente, integrándolos a su nómina o



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

trasladándolos a otras empresas intermediarias, desconociendo la calidad de empleador que tenía la demandante y ocasionándole perjuicios, dada la inversión económica en la capacitación del personal.

Alude al hecho de que las renunciaciones de los trabajadores se debieron a las tentadoras propuestas del banco, con las cuales incurrió en competencia desleal, “desmantelando” la empresa y mermando el patrimonio de ésta a través de la intromisión en las funciones de la empleadora, manipulando la libre determinación que tenía la sociedad demandante.

CONSIDERACIONES:

1. El proceso se tramitó en legal forma, los presupuestos procesales se encuentran reunidos y no se advierte la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, por lo que están dadas las condiciones para que el Despacho se pronuncie materialmente.
2. El problema jurídico que afronta la Sala consiste en establecer si en el caso sometido a conocimiento, las partes se hallan en relación de competencia, si dicha relación es elemento necesario para dirimir la controversia suscitada y si están probados hechos constitutivos de las conductas de competencia desleal que se endilgan a la demandada.
3. De entrada se anuncia la prosperidad del recurso impetrado por cuanto estima este estrado que la vinculación laboral directa que realice un empresario de los trabajadores que vienen siendo contratados por medio de una empresa de outsourcing de personal, no constituye por sí sola competencia desleal, si además no se ha probado alguno de los supuestos generales de deslealtad establecidos en el art. 7 de la ley 256 de 1996 o los especiales de los arts. 8 a 19 *ibídem*.

No habiéndose probado entonces la realización de actos o conductas desleales, no hay lugar a propiciar protección jurisdiccional alguna con base en la ley 256 de 1996 y, en consecuencia, no procede condena en contra de la demandada por las conductas relatadas.



Respaldan el resultado descrito los argumentos que a continuación se consignan.

4. La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, al tenor del canon 333 de la Constitución Política que, de igual modo prevé la libre competencia económica como un derecho de todos, que supone responsabilidades.

Este postulado, restringido al plano de la protección que debe existir en la economía de mercado contra los actos desleales de los competidores, se encuentra desarrollado en la ley 256 de 1996 de la cual resulta imperativo entrar a cotejar para el caso objeto de decisión, los presupuestos contenidos en su artículo 2º que delimita el ámbito de aplicación de la citada ley a aquellos actos de deslealtad que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

5. En primer lugar el concepto de mercado que reiteradamente venía asumiéndose como un espacio de encuentro entre compradores y vendedores, evoluciona ante las exigencias del intercambio actual de bienes y servicios para abrir paso a un entendimiento del mercado como la interacción espontánea entre los diversos participantes de la relación oferta-demanda.

Llevada esta acepción al caso examinado, es claro para la Sala que entre demandante y demandada se verificó la existencia de un mercado donde la primera ofertaba sus servicios de intermediación en la selección y contratación de talento humano calificado y, la segunda demandaba dichos servicios para satisfacer sus necesidades de personal.

El mercado entonces, de acuerdo con los hechos del litigio fue el de intermediación de servicios laborales en el Banco BBVA, para cumplir con los elementos “producto” y “espacio geográfico” que integran el concepto económico de “mercado relevante” necesario para el análisis fáctico que se emprende y que lejos de ser exclusivo del ámbito de los temas sobre prácticas restrictivas de la competencia, resulta igualmente necesario en el análisis de los elementos de juicio de la competencia desleal.

No hay duda entonces sobre el cumplimiento del primero de los requisitos de aplicación del art. 2 de la ley 256 de 1996, pues se reitera, se generó un mercado.



6. En cuanto al segundo elemento, esto es, la finalidad concurrencial de los actos atribuidos a la parte demandada, debe estarse a la presunción establecida en la misma norma, es decir, cuando el acto o conducta permite a quien lo realiza, mantener o incrementar la participación o la cuota que tiene en el mercado.

Si bien el banco demandado no tuvo en principio cuota alguna de participación en el mercado de servicios laborales como oferente y mediante la oferta de contratos directos de trabajo que realizó a los empleados incrementó su cuota de participación, de 0% a un importe superior a 0, dicho acto debe entenderse objetivamente idóneo y por tanto concurrencial con la oferta de servicios de la demandante en el mismo ámbito.

En efecto, el banco demandado inicialmente no figuraba participando en dicho mercado como oferente de productos laborales, sino como demandante de los mismos, de manera que, al entrar a disputar las preferencias de los trabajadores ante la sociedad de outsourcing, concurrió con ella al punto de cautivar la elección de varios de ellos e incrementó así su participación, ahora desde otro extremo.

Se puede concluir de lo hasta ahora analizado, que:

- (i) La demandada no tuvo inicialmente una relación de competencia con la demandante, lo cual sin embargo no impide la aplicación de la ley de competencia desleal para sancionar su eventual incursión en actos o conductas de los prohibidos por la ley 256 de 1996.
- (ii) El banco mutó su posición en el mercado pasando de ser demandante de servicios de intermediación laboral a oferente de los mismos, con lo cual estructuró actos de concurrencialidad en el mercado con la demandante.
- (iii) No está comprendido en el objeto social del banco o el giro normal de sus negocios, el mercado laboral en el que participó, pues aun cuando concurre en el de servicios financieros de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del ahorro del público, nada le impide participar en otros mercados, sean o no conexos.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

Hasta este punto, es claro para la Sala que lo verificado entre las partes fue un acto de competencia, que lo fue en el mercado y con fines concurrenciales, todo lo cual es perfectamente lícito pues a ello se contrae el propósito de todo sistema económico de mercado basado en la libertad competitiva y en las fuerzas dinámicas de la relación oferta y demanda, respaldadas además constitucionalmente desde el art. 333 de la C.P.

En efecto, es lícito competir, es lo natural en el mercado y lo que de él se espera; es legítimo cautivar la clientela, es legítimo perseguir el incremento del porcentaje de participación de mercado y buscar que el competidor o los demás participantes reduzcan su cuota de participación en el mismo.

Lo censurable es que tales metas se alcancen acudiendo a maniobras desleales con los participantes, mediante un pulso que se gane contraviniendo la sana competencia; contrariando las sanas costumbres mercantiles; apartándose de los postulados de la buena fe comercial; de los usos honestos en material industrial o comercial -aun cuando los participantes no sean comerciantes ni sostengan una relación de competencia-; y cuando se afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado (Art. 7º de la ley 256 de 1996).

Si esto es así, como en efecto lo es, la vista sobre el plenario conduce a establecer, con base en las pruebas, que en verdad el banco demandado ejerció actos concurrenciales en el mercado de servicios laborales de la entidad, pues entró a disputar con la demandante y las demás empresas de servicios laborales participantes ante el banco, la preferencia de los trabajadores en los servicios de contratación laboral, de manera que, aunque inicialmente el banco demandado no tuviera una relación de competencia con la demandante, con ocasión de este acto competitivo, se hizo presente en tal mercado y dio nacimiento a una verdadera relación competitiva.

En este contexto, debe declinar el argumento de la impugnación que buscaba desvirtuar el hecho de que entre las partes no hubo competencia pues como se dejó dicho, la hubo a partir del momento en que la pasiva intervino e incrementó su participación en la oferta de contratos laborales.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

7. Lo que debe ser determinante para definir la suerte de la instancia es el carácter **desleal** o no que haya tenido la actuación competitiva de la demandada, que es donde realmente radica la protección prodigada por la ley 256 de 1996.

Dicha deslealtad impone entonces ocuparse de la estructuración de las conductas atribuidas a la demandada, a título de “Desorganización” y “Explotación de la reputación ajena”.

7.1. El primero se encuentra legalmente descrito en el art. 9º de la ley 256 de 1996, a cuyo tenor *“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”*.

Supone la configuración de esta conducta que el acto competitivo desplegado en el mercado por el señalado competidor desleal, guarde relación directa con el detrimento organizacional experimentado por el demandante, sea que se pruebe que dicha conducta se diseñó con el claro propósito de producir la desorganización o que, sin haberlo previsto así el competidor desleal, se produjo el referido efecto como resultado de su deslealtad.

Se precisa al respecto que, en todo caso la conducta o el acto de desorganización debe siempre involucrar un comportamiento (i) desleal, (ii) surtido en el mercado y (iii) con fines concurrenciales. El art.9º en comento no contiene una presunción de deslealtad como parece inferirlo por la sola inclusión de la expresión *“Se considera desleal”*, pues si el efecto desorganizativo sufrido por el demandante no proviene de una conducta desleal del demandado, no se está en presencia de una conducta censurable con base en la ley 256 de 1996.

Tomando al caso concreto, advierte desde ya esta Colegiatura que no se vislumbra prueba en el plenario del hecho de que la actora haya sufrido desorganización de su empresa, pues si ello lo asimila a la reducción en su facturación, ha debido demostrar que dicha disminución fue de tal importe que la abocó a una situación de inminente insolvencia u otro riesgo organizacional semejante. Sin embargo, ningún elemento probatorio emerge del rituito, suficiente para estimar una relación de este orden, como tampoco se establece que la demandante dependía plenamente de la oferta de servicios a la demandada,



hipótesis que de la misma forma no haría por ese único hecho, desleal la conducta imputada.

No hay óbice alguno entonces, que permita inferir que el sólo efecto soportado por la actora y denunciado como desorganización interna de la empresa demandante tiene venero en conducta desleal, pues tal resultado, si se vincula exclusivamente a la contratación directa de los trabajadores por parte de la demandada, no puede suponerse que tenía como objeto o como meta generar desorden en la estructura de la demandante y en menoscabo de ella, cuando tal desorganización o mejor la merma de personal bien puede ser producto de la inconformidad de los trabajadores con la empleadora, como de manera reiterada y concordante lo manifestaron en sus declaraciones y esto, si es que el concepto de desorganización se reduce a la desvinculación del personal cuyos servicios dejó de facturar la demandante.

La desorganización de una empresa puede ser efecto también de las fuerzas del mercado ante las cuales cede y resulta combatido el competidor con menores posibilidades de captar la preferencia del consumidor, sin que ello sea de suyo desleal.

En este sentido, recientes pronunciamientos de la jurisprudencia española, coinciden en que el cambio de empleador no conlleva por sí solo un acto de competencia desleal¹⁻² y de ahí que, agotado el examen de los supuestos generales de prohibición, el análisis de los especiales de las conductas endilgadas, no puede abrirse paso para tener por configuradas las hipótesis de los artículos 9º y 15 de la ley de competencia desleal, sobre “Desorganización” y “Explotación de la reputación ajena”.

7.2. De igual manera, frente al tipo descrito en el artículo 15 *ibídem*, se tiene que “Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.

¹ “No se demostró en el plenario que la captación de los trabajadores haya sido producto de la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la ruptura contractual inducida, o el aprovechamiento de infracción contractual no inducida” (Ver sentencia No. 1 de 2007 Juzgado de lo Mercantil, Ponente Javier Anton Guijarro, España).

² “El simple cambio de empresa de los trabajadores no constituye competencia desleal aunque se aproveche la experiencia adquirida con el anterior empleador”. Véase sentencia 408 de 16 de junio de 2009 Tribunal Supremo Ponente Jesús Corbán Fernández.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

También en este aspecto debe verificarse una relación directa entre el beneficio reportado por un competidor en el mercado y el hecho de que tal provecho provenga de la actitud holgada de parasitar en la reputación de otro y por tanto, tampoco se presume que toda utilidad obtenida por un participante derive del uso del nombre posicionado por otro, como tampoco presume que el aludido perjudicado goce de una reputación en el mercado, reconocimiento que debe acreditarse en el juicio.

A este respecto, la actora omitió igualmente la aportación probatoria necesaria para tener por configurado el supuesto de la norma, pues de una parte, no aparece acreditado en el plenario el grado de aceptación de la actora en el mercado como para que se haga un miramiento especial sobre una reputación adquirida, susceptible de protección frente a los competidores que pretendan hospedarse en su fama comercial. De otra parte, la ausencia probatoria acerca de la obtención de un beneficio en el mercado por parte del competidor demandado, así como la índole de dicho beneficio y la relación entre su obtención y el aprovechamiento de la reputación de la actora, impedirán en esta instancia, acoger una tesis de este alcance.

7.3. Ahora bien, el escrutinio de las posibilidades enlistadas en el art. 7 de la Ley de Competencia Desleal, disposición que si bien consagra la prohibición general en materia de competencia desleal y ha sido entendida como fenómeno comodín para soslayar la taxatividad de las conductas reprobables en el mercado, es una norma que simultáneamente se inserta en cada una de las conductas descritas en los artículos 8 a 19 de la ley 256 de 1996 y que por tanto, es presupuesto del análisis de deslealtad que lleve a tener por configurada alguna de ellas.

Establece la referida disposición legal:

“ARTICULO 7o.- PROHIBICIÓN GENERAL.- *Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*

“En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. Del artículo 10 bis del Convenio de Paris, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial , a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando este



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado” .

7.3.1. En primer lugar y, visto como quedó en líneas anteriores, que hubo una actuación de mercado de la demandada, revestida de claros fines concurrenciales, corresponde, en su orden, considerar que, en primer lugar, la demandante no aportó prueba alguna de una costumbre mercantil en el mercado de intermediación laboral, a efecto de determinar que la demandada desconoció una tal regla consuetudinaria, acreditada que debe ser en la forma prevista en el art. 190 del C. de P.C.

7.3.2. Tampoco desplegó tarea alguna encaminada a demostrar que se apartó de los postulados de la buena fe comercial, que, a voces del art. 835 del C. de Co. se presume aún en el grado exenta de culpa, y que en consecuencia, cargaba pesadamente a la demandante con tal responsabilidad probatoria, haciendo exigente la diligencia demostrativa de su parte.

7.3.3. En cuanto a los usos honestos en materia industrial y comercial, estima la Sala que éstos no tienen carácter axiológico distinto del concepto de honestidad que en general se tiene de toda actuación humana, sólo que instalada en el plano de los actos de mercado, de donde no resulta predicable en el sub iudice un calificativo de deshonestidad en la conducta de la demandada, si se está al hecho patente de que, con la contratación de los trabajadores que venían siendo pagados por la demandante, para vincularlos directamente con el banco, se perfeccionó la anunciada voluntad contractual plasmada en los contratos que los trabajadores suscribieron inicialmente con la demandante, pues en ellos se previó la posibilidad de pasar a ser contratados por la entidad financiera.

Destaca así el hecho de que en los contratos de trabajo que suscribió la demandante con los trabajadores, se estipularon incentivos como la exoneración de preaviso en caso de renuncia para ser contratados directamente por el banco, cláusulas que además denotan el claro propósito de la actora de aceptar el traslado de los trabajadores a la nómina directa del banco, circunstancia indiciaria de fuerte impacto en el litigio, como prueba del conocimiento que tenía la demandante de tal posibilidad, con lo que se descarta una actitud sorpresiva de la demandada en la oferta de vinculaciones a los trabajadores y se suprime cualquier



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

asomo de traición competitiva en contra de la demandante por parte del banco, pues aquella estaba en capacidad de prever la realización efectiva de dicha potencialidad contractual.

En efecto, varios de los contratos de trabajo contienen una cláusula del siguiente tenor:

“Únicamente en el evento en el cual el trabajador sea contratado de manera directa por el Banco Ganadero, se le exonerara de pagar el preaviso ordenado por la ley. Dicha excepción no contempla el caso en el cual el trabajador se vincule con otra empresa que opere con la entidad mencionada” (folio 57 cláusula 7ª, parágrafo 2º).

Obran a este respecto, sendas actas de terminación de contrato de trabajo suscritas entre la demandante y sus extrabajadores donde se consigna que han decidido *“acordar mediante el presente documento, la terminación por mutuo consentimiento (sic) el vínculo laboral existente entre las partes”* (folio 59).

Hubo entonces en ese momento una manifestación de voluntad de la demandante como empleadora y de cada trabajador, de propiciar en oportunidad posterior el cambio de empleador, en muchos casos con la exoneración del pago de preaviso si el banco, específicamente, contrataba al trabajador. Se evidencia de tal modo que el tema de una eventual oferta de trabajo por parte del banco demandado a los trabajadores fue contemplada y prevista desde el inicio de la relación laboral cuando, al suscribir los contratos de trabajo con la demandante como intermediaria en el suministro de personal, se dejaba abierta dicha posibilidad.

Las circunstancias en que tales ofertas de trabajo se deberían efectuar, no aparecen establecidas en los contratos de trabajo, ni en el contrato de outsourcing que existiere entre demandante y demandada, sobre las condiciones en que ello debía ocurrir, si era que debía resultar indemne la demandante por virtud de la contratación directa con el banco, o si debía pagarse alguna prima o reconocimiento patrimonial de alguna índole.

Conforme a tales pruebas, no se cautivaron entonces trabajadores de un competidor típico del mercado relativo a la actividad económica principal de la demandada, ni se dismanteló o desorganizó una empresa mediante actos que perturben dicho mercado, lo que no significa que la participación accidental o transitoria en un mercado disímil al de la actividad principal no deba ajustarse a



los postulados de la lealtad que se protege en la ley 256 de 1996, presupuesto que en este caso no logra éxito para sancionar a la demandada con fundamento en dicha normatividad.

En consecuencia, no puede resultar deshonesto la materialización de una intención contractual expresamente exteriorizada y conocida ab initio por la actora, ni puede entenderse como uso deshonesto en la industria o en el mercado, el interés de un empresario por capitalizar un talento humano para sí, con el fin de que los trabajadores gocen de mejores condiciones de las que tenían con la empresa intermediaria, que lo fue para la selección del personal y pago de nómina, máxime cuando, bien puede estar en riesgo el beneficiario de tales servicios laborales, de responder solidariamente por el incumplimiento en que incurra la intermediaria en sus obligaciones prestacionales.

7.3.4. Finalmente, para los efectos del art. 7º comentado, se tiene que si se pretendiere derivar deslealtad por afectación de la libre decisión del comprador o consumidor, esta posibilidad escapa al sub-lite, pues por la demandante no se probó intromisión alguna en la esfera decisoria de los trabajadores como para que se infiera que fueron coaccionados de alguna manera o apremiados con la pérdida del empleo si no contrataban con el banco, pues por el contrario, quienes declararon como testigos fueron categóricos en sostener que su decisión provino de la imbricación de dos situaciones concretas a saber: la oferta laboral del banco y su inconformidad con la demandante por el incumplimiento en los pagos de seguridad social, al punto de expresar que, de no haber firmado con el banco, habrían optado en todo caso por la renuncia al cargo que desempeñaban por cuenta de la actora.

Reitérase entonces que la demandada compitió, concurrió o coincidió en el mercado de oferta laboral con la demandante y lo hizo sin reproche de lealtad que deba atajarse por esta vía, máxime cuando los trabajadores se dolieron del incumplimiento de las obligaciones “patronales” de la actora como causal de su renuncia y la posterior o concomitante vinculación con el banco.

7.4. En este orden, si el concepto de deslealtad se ata en el art. 7 de la ley 256 de 1996 al principio de la buena fe comercial, las implicaciones que acarrea en el



plano probatorio demarcan una acucia probatoria exigente a quien la reclama, a tal punto que debe desplegar una brega demostrativa semejante a la que se requiere para desvirtuar la buena fe exenta de culpa, beneficiaria de presunción legal comercial, art. 835 C. de Co.

7.5. Conforme a la consideración anterior, es exigua si se quiere, la masa de pruebas suministrada por la actora con tal propósito, de manera que a costas llevaba la carga de desvirtuar la presunción de lealtad que ampara los actos de mercado del banco demandado.

En contraste, debe soportar la contundencia de las pruebas que opuso su contradictora sobre el carácter consensuado de las renunciaciones, mediante los documentos que contienen las actas de terminación por mutuo acuerdo, respaldadas además por el dicho unísono de los testigos que son claros y coincidentes en vincular el motivo de su renuncia al incumplimiento reiterado de la demandante en sus obligaciones de empleador, referentes a seguridad social, frente a las mejores condiciones laborales ofrecidas por la entidad bancaria a la que, además venían prestando sus servicios de tiempo atrás.

8. Considera esta instancia que el examen de deslealtad de un acto o una conducta competitiva, si bien exige que se determine puntualmente su tipificación dentro de alguno de los eventos descritos en los artículos 8 a 19 de la ley 256 de 1996, ello no comporta la asunción que ha hecho carrera en algunos sectores sobre la consagración de una presunción legal en cada una de tales normas, con el pretexto de que las frases con que inicia la descripción de la conducta “*Se considera desleal...*” corresponde de entrada a un beneficio probatorio de tal alcance.

En manera alguna puede sostenerse que, la descripción de cada uno de los actos o conductas que se consideran desleales en los artículos 8 a 19 de la ley 256 de 1996 encarna una presunción que degenere a su vez en un postulado absoluto, aislado y descontextualizado de los supuestos generales de deslealtad pues éstos implican que los tales actos o conductas contravengan las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial, los usos honestos en materia industrial y comercial o afecten la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

Conforme a ello, la auscultación que, de la deslealtad se hizo en la primera instancia, no resulto acertada si se tiene en cuenta que las pruebas en que apoya la demandante el juicio de deslealtad perseguido, se reducen al cúmulo documental integrado por los contratos de trabajo y las comunicaciones del banco dirigidas a la demandante sobre “retiro” de personal (folios 43 a 51).

En relación con los contratos de trabajo y las actas de terminación de los mismos por mutuo consentimiento ya tuvo la Sala oportunidad de precisar que de ellos no se vislumbra conducta reprochable a la pasiva y que antes bien, develan una práctica contractual que venía surtiéndose entre las partes referente a la contratación directa, por parte del banco, de empleados inicialmente vinculados por intermedio de la demandante.

Las comunicaciones de folios 43 a 51 apreciadas de manera conjunta, dan cuenta de instrucciones impartidas por el banco demandado a la demandante sobre la continuidad laboral de los trabajadores, informando en el caso de la carta de marzo 14 de 2000 que *“las 19 personas que no firmaron contrato con ustedes y se relacionan en el documento adjunto, serán trasladadas a partir de este mes a otra empresa”* (f. 44), de donde se destaca la referencia a personal que ni siquiera ha firmado contrato con la demandante, por lo que mal podía tenerse en cuenta como un acto de desorganización empresarial respecto de un personal aún sin contratar y con el que no contaba siquiera la actora para entonces en su facturación. No obstante, esta decisión se retoma en la carta de folio 46 indicando que las referidas 19 personas *“continuarán laborando con su empresa hasta nueva orden”*, de manera que si se revirtió la decisión del banco demandado en esta forma, se tiene que, por el contrario, la demandante no fue despojada de los referidos trabajadores y tal acto no serviría a los efectos de tener por probada la usurpación de personal del que hace derivar la demandante su ataque de deslealtad.

Los folios 47, 49 y 50 se limitan a anunciar que *“el personal relacionado a continuación laborará con su empresa hasta el próximo 30 de abril del año en curso”*, *“hasta el 31 de mayo del año en curso”* y *“hasta el próximo 30 de junio del año en curso”*, respectivamente. Adicionalmente, en el texto de folio 50 se refiere el banco a varios intentos efectuados con la demandante *“para que cumplan con los diferentes*



compromisos en el servicio” por lo que afirma “no ha sido posible mantener una buena relación comercial”.

El folio 48 informa que las personas que allí se enlistan “*serán vinculadas al Banco a partir del 15 de mayo de 2000*”.

Tales piezas no denotan, más allá de su contenido textual y concreto, ninguna intención contraria a la buena fe comercial, cuando el banco viene anunciando su intención de vincular directamente a los empleados suministrados por la actora, en un propósito expresamente declarado que, por no haber recibido reproche de deslealtad en esta instancia, se inserta en la esfera de la autonomía de su voluntad y en la libertad contractual que no le compele a determinar su decisión a concepto previo alguno, dadas además las circunstancias sobre quejas reiteradas de los trabajadores sobre la empresa de outsourcing, con lo que cobra acogida el segundo de los argumentos expuestos por el apelante.

Son suficientemente ilustrativos en este sentido, los testimonios vertidos al plenario por los trabajadores, coincidentes en que no venían siendo atendidos sus pagos de seguridad social por la aquí demandante y en que tomaron la decisión sin apremio por parte del banco demandado, del cual habían recibido además los beneficios de su capacitación para el trabajo, no suministrada entonces por la demandante como se lo arrojara en el libelo introductorio.

Dichos testimonios son prolijos y basta con remitirse a los apartes que de ellos transcribió el propio juez de primera instancia sobre las razones de la renuncia de los trabajadores, pero que apreció en sentido contrario al claro tenor de tales declaraciones. En este aspecto encuentra cimiento de prosperidad el tercero de los argumentos de la apelación, con los efectos revocatorios de la sentencia llegada en alzada.

9. Las consideraciones anteriores cumplen el cometido de esclarecer que la legitimación por activa en un juicio de competencia desleal no proviene solamente del hecho de que resulte configurado un perjuicio en los intereses económicos del actor para los fines del art. 21 de la ley 256 de 1996.



Si la legitimación es presupuesto sustancial, que no procesal, de la acción jurisdiccional y conforme a ella es legitimado quien tiene, de acuerdo con la ley, la titularidad del derecho subjetivo que invoca, este requisito exige en la acción de protección contra la deslealtad prevista en la ley 256 de 1996, que el demandante haya sufrido o visto amenazados sus intereses económicos pero que tal perjuicio lo sea por cuenta de un acto competitivo que pueda ser calificado como desleal en el mercado.

De este modo, la tasación profesional de un perjuicio dentro del proceso no determina la condena si no están reunidas las exigencias sustanciales referidas, por lo que no podía arribarse a la imposición de una condena resarcitoria con base en los dictámenes rendidos al proceso, si a ellos no antecedía un juicio pleno de deslealtad que dotara de vigor a la decisión de orden patrimonial indemnizatoria y no se advierte del fallo impugnado, que antecediera un hallazgo irrefutable de deslealtad en la pasiva, del cual se desprendiera la condena proferida.

En otras palabras, la prueba pericial sólo se abre paso para su apreciación, si precede el juicio de una conducta desleal en la demandada, por lo que, desde ya debe decirse que si la causa del perjuicio no está probada, nada debe abordarse en cuanto al monto dictaminado como indemnización, aunque se haya desmejorado la facturación de ésta, pues de fondo se halla la optimización del empresario frente a sus competidores del mercado financiero, de los cuales no hace parte la demandante, sin perjuicio de lo apuntado sobre el mercado laboral.

10. Corolario de lo anterior, al no encontrarse demostrado el proceder **desleal** del banco demandado que le fuera imputado por la demandante, no pueden tener vocación de prosperidad las aspiraciones procesales de ésta, que por ende serán negadas, previa revocatoria de la decisión que en primera instancia se adoptara. Conforme al art. 392 del C. de P.C., la demandante será condenada al pago a favor del demandado de las costas generadas en ambas instancias.

Son suficientes las razones glosadas para que el Despacho disponga el cierre de instancia en decisión de fondo como sigue.



DECISION

Con cimiento en los argumentos consignados en precedencia, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de fecha 28 de septiembre de 2007.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demandante OUTSOURCING DESARROLLOS EN INFORMATICA LTDA. “ODI”, ante la inexistencia de actos de competencia desleal.

TERCERO: Condenar en costas de las dos instancias a la parte demandante. Tásense.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada Ponente

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
Magistrado