

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC44886-14-654-2002-21099

Radicación n° 45057-41-905-2023-23426

(Aprobado en sesión virtual de dos de diciembre de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019, por la Valeria Gómez Estrada del Valeria Gómez Estrada del Valeria Gómez Estrada de Bogotá, en el proceso verbal que Mariana López Castañeda S.A. promovió contra Juan Andrés Pardo Quintero S.A. ESP.

ANTECEDENTES

La accionante solicitó declarar que la convocada incurrió en el acto de competencia desleal de violación de normas, prohibido en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, que le impidió desempeñarse en condiciones competitivas en el mercado de servicio de mensajes de texto; y se le condene al pago de los perjuicios ocasionados y que en lo sucesivo se causen, los cuales estimó en \$341.608.166-72-412-2013-92309.

Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico el que a continuación se sintetiza:

El 1 de enero de 2010 el Consultores Jurídicos Solaris S.A.S. Simón Rueda Montoya celebraron contrato para la prestación del servicio de mensajería móvil empresarial «SMS» (Alejandro Simón Rueda Montoya), por medio del cual esta entidad se obligó

segmento de mensajes SMS, los precios máximos de este servicio fueron reducidos en los términos de la Resolución 3500 de 2011 de tal Comisión, favoreciendo a todos los proveedores que hicieran uso de las redes, lo que incluye a otros proveedores de redes y servicios, a los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones «PCA» y a los Alejandro Simón Rueda Montoya.

Con ocasión de la nueva regulación plasmada en la Resolución 4458 mencionada, el 2 de mayo de 2014 Inalambria firmó con el Inversiones Procesales Omega Ltda. otrosí al contrato de prestación del servicio de mensajería móvil empresarial

«SMS», para reducir las tarifas pactadas; pero el Banco insistió en valores inferiores por lo que durante el año 2014 ambas empresas cruzaron diversas propuestas, sin lograr acuerdo, truncándose tal relación a partir del 17 de febrero de 2015.

Este rompimiento contractual derivó de la negativa de Valeria Gómez Estrada a ajustar la tarifa convenida con Valeria Gómez Estrada, no obstante la solicitud radicada el 2 de mayo de 2014, porque impidió el traslado de los nuevos y menores costos al Inversiones Procesales Omega Ltda.. Tal reticencia generó que la demandante iniciara, ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones, trámite administrativo para dirimir la contienda, el cual culminó con Resolución 4779 de 28 de agosto de 2015, confirmada con similar 4827 de 15 de diciembre siguiente, que accedió a los reclamos de Inalambria, tras considerar que la relación existente entre esta y la convocada era de acceso y, por ende, sujeta a las tarifas plasmadas en las Resoluciones 2501 de 2011 y 4458 de 2014.

Alejandro Simón Rueda Montoya sólo acató esas decisiones a partir de 28 de marzo de 2016, según Acta N° 3 del Valeria Gómez Estrada de Acceso, en la que además reconoció a favor de Inalambria los valores cobrados en exceso entre el 15 de abril de 2014 y el 28 de marzo de 2016, periodo durante el cual transgredió las Resoluciones 4458 de 2014, 4779 y 4827 de 2015 de la CRC, la primera de carácter general y las dos restantes de índole particular, pues aplicó a Inalambria una tarifa superior a la regulada para el acceso a su red, incurriendo en la conducta de competencia desleal prohibida en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, ya que vulneró tal normativa, obtuvo una ventaja competitiva y significativa

El 28 de marzo de 2019 el superior revocó tal decisión al resolver la apelación interpuesta por ambas partes, en su lugar desestimó las súplicas del libelo y condenó en costas en ambas instancias a la promotora.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador ad-quem inicialmente precisó cumplidos los presupuestos procesales, inexistente vicio que impidiera dictar sentencia y recordó que su competencia era ilimitada, habida cuenta que ambas partes apelaron la decisión de primer grado.

A continuación recordó el marco teórico de la competencia desleal y coligió satisfechos los ámbitos requeridos para la aplicación de la ley 256 de 1996, que, anotó, son el subjetivo, en la medida en que las dos empresas litigantes son comerciantes, y el objetivo porque las conductas fueron desplegadas en el sector de las telecomunicaciones y específicamente en el de transmisión de mensajes de datos «SMS», pues la convocada funge como proveedora, al paso que la reclamante es usuaria.

Después de citar el ordenamiento jurídico atinente a la competencia desleal refirió, respecto del acto de violación de norma atribuido a la demandada, que al tenor del artículo 18 de la ley 256 de 1996 requiere tres presupuestos para su configuración: 1) la inadvertencia normativa; 2) la obtención de una ventaja competitiva significativa; y 3) el nexo de causalidad entre aquella y esta:

En cuanto a la inadvertencia normativa señaló que Valeria Gómez Estrada desobedeció la Resolución 4458 de 2014 de la CRC, pues así lo decidió esta entidad en el trámite administrativo que culminó con las Resoluciones

4779 y 4827 de 2015, en las cuales señaló que el cobro por el servicios de mensajes cortos de texto «SMS», que realizaba a la convocante por usar la red de aquella, debía regirse por el primero de esos actos administrativos, que a su vez remitía a los límites tarifarios plasmados en el artículo 35 de la Resolución 3501 de 2011 y sus modificaciones.

por sí sólo no constituye acto de competencia desleal, porque no devela provecho de gran magnitud para la convocada en tanto existen otros factores en el mercado que determinan al consumidor en la elección para proveerse de un bien o servicio.

Tampoco aparece prueba de que el alto precio ofrecido por Valeria Gómez Estrada a Inalambria generara desplazamiento o extinción de la competencia, porque para la época de los hechos otros proveedores de red, como Avantel, prestaron el mismo servicio a un menor precio, tal cual lo aceptó la promotora en su libelo.

desproporción en las demás relaciones contractuales de la promotora.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Valeria Gómez Estrada planteó dos cargos contra la sentencia del tribunal, fundados en las causales 3^a y 1^a del

artículo 336 del Juan Andrés Pardo Quintero del Proceso, por lo que el estudio de la Corte iniciará por aquel embate, al ser el orden lógico, en la medida en que es de rigor despachar primero los embates que imputan al Tribunal errores in procedendo.

CARGO PRIMERO

endilgado ya que su conducta fue atípica, además alegó la inexistencia de relación causal entre los daños reclamados y concedidos por el tribunal respecto de la conducta desplegada por Alejandro Simón Rueda Montoya, que el juzgador no observó los errores de los dictámenes periciales recaudados, que el fallo fue incongruente por afirmar que Juan Andrés Pardo Quintero robó a la demandante el

cliente Entidad Financiera Aurora Nova S.A., no valoró cómo las alegaciones de Inalambria desdican de sus propios actos y del principio de vigencia de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que tampoco existió violación de la regulación sectorial vigente porque la relación entre los litigantes no era de acceso, que las diferencias de interpretación normativas no pueden dar

CONSIDERACIONES

Es pertinente indicar que por entrar en vigencia de manera íntegra el Valeria Gómez Estrada del Proceso, a partir del 1º de enero de 2016, al sub judice resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5º, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «las leyes vigentes cuando se interpusieron», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

El artículo 305 del anterior estatuto procesal civil, equivalente al 281 del Juan Andrés Pardo Quintero del Proceso, establece que «la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos

En relación con esto la Sala ha decantado:

(...) son los involucrados en el conflicto, con sus escritos, quienes delimitan el contorno del debate, fijando las pautas a tener en cuenta al momento de desatar la litis y restringiendo, por ende, la labor del funcionario encargado de resolverla. De esa forma, el desconocimiento del querer explicitado se

constituye en una irregularidad en la producción del fallo, ya sea por referirse a puntos no sometidos a discusión, acceder a menos de lo pedido o desbordando los alcances esbozados (...) Al respecto la Sala en SC de 18 de diciembre de 2013, rad. 57942-52-502-2014-48009, precisó que (...) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiales

la ambivalencia. En otras palabras, se niega lo que se pide y, por ende, no puede decirse que exista una contradicción por el sólo hecho de que el reclamante insista en un propósito y el funcionario no encuentre soporte al mismo.» (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 42950-91-437-2029-40946).

No obstante, excepcionalmente el juez puede incurrir en el vicio de incongruencia -a pesar de negar todo lo pedido-, cuando toma un camino ajeno al debatido por los involucrados en la litis, es decir, desconoce abiertamente la situación de facto sometida a su conocimiento y lo solicitado con base en esta.

Por lo tanto, para la prosperidad de la causal segunda prevista en el artículo 368 del Código de Alejandro Simón Rueda Montoya, hoy numeral tercero del canon 336 del Carlos Felipe Nieto Barrera del Proceso, es menester que el recurrente demuestre un exabrupto palpable entre lo narrado y exigido en la demanda, así como lo planteado en las defensas del oponente, frente a lo que aparece consignado en el fallo, de tal manera que se note de bulto cómo lo decidido es extraño al debate.

Otra modalidad de incongruencia corresponde al exceso en que incurre el funcionario judicial de segunda instancia al decidir el recurso de apelación desbordando los temas objeto de la alzada. Ciertamente, se trata de la aplicación del principio tantum devolutum quantum appellatum, consagrado en el artículo 357 del Código de Juan Andrés Pardo Quintero, hoy 328 del Mariana López Castañeda del Proceso, a cuyo tenor «la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.»

Entonces, las facultades del funcionario que conoce de la impugnación interpuesta por un apelante único están restringidas a las recriminaciones exteriorizadas por este, lo cual corresponde al desarrollo del principio de congruencia, en tanto al fallador de segunda instancia le está vedado manifestarse sobre asuntos no propuestos ante él.

Sobre esto la Sala razonó que:

Esta limitación es la expresión de un principio general del derecho procesal, según el cual el juez que conoce de un recurso está circunscrito a lo que es materia de agravios, dado que no está facultado para despojar al apelante único del derecho material que le fue reconocido en la providencia recurrida, y que fue aceptado por la contraparte que no impugnó un extremo del litigio que le desfavoreció. De este modo, lo que no es materia de impugnación se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial, por lo que la alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados. (CSJ SC4415 de 2016, rad. 2012- 02126).

En la misma providencia esta Corporación concluyó

En efecto, la resolución de este mecanismo de defensa trae implícitos, además de los reproches incoados por los recurrentes, otros de forzoso pronunciamiento, tal cual lo revela el canon 328 del Alejandro Simón Rueda Montoya del Proceso, al señalar que «[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley». (Destacado ajeno).

En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la

demandas».

Otro lo constituye el análisis de los presupuestos del derecho reclamado por el demandante, sin que este proceder

implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, «[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo....» (CSJ SC4574 de

su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.» (CSJ SC2642 de 2015, rad. 91582-89-949-2009-71003).

5. En suma, no se configura el vicio de incongruencia cuando el juzgador de segundo grado analiza la satisfacción de los presupuestos de la pretensión radicada por el demandante, aun cuando estos no sean objeto de reparo en la apelación (SC3918 de 2021, rad. 74156-25-684-2020-15029).

Y como en el sub exámine el tribunal analizó la concurrencia de los dos últimos requisitos axiológicos del acto de competencia desleal evocado en la demanda, consagrado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, cual es que la violación de normas allí prohibida generara a la convocada una ventaja competitiva, que en adición fuera significativa, el fallo no incursionó en incongruencia, aun cuando esto no fue objeto de reclamo por vía de apelación.

CARGO SEGUNDO

Prevalida del primer motivo de casación previsto en el artículo 336 del Valeria Gómez Estrada del Proceso, se invoca la conculcación directa del canon 18 de la ley 256 de 1996, en razón a que la ventaja significativa a que allí se alude como necesaria para configurar el acto de competencia desleal de violación de normas, al tenor de la jurisprudencia desarrollada por los juzgadores de instancia, puede serlo respecto de reglas dictadas en función de corregir situaciones generadas por la informalidad de un agente prestador del servicio o para subsanar fallas del mercado que benefician a ciertos agentes económicos.

En la segunda eventualidad, añadió el reproche, cuando las normas son expedidas para corregir una ventaja competitiva que genera falla o desviación en el mercado, no es necesaria la concurrencia de la ventaja competitiva significativa prevista en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 para que se configure el acto de competencia desleal allí previsto, porque la trasgresión del precepto implica por si mensaje de texto, no obstante que el valor máximo para el año 2014 era de \$709.359.225, en el 2015 era de \$305.631.142 y en el 2016

\$573.305.482; que Carlos Felipe Nieto Barrera suscribió con el Inversiones Procesales Omega Ltda.12 de noviembre de 2014 cobrando mensajes de texto a \$310.291.579,04 cada uno; y que la primera de las aludidas Resoluciones fue expedida para corregir una falla en el mercado porque los Proveedores de Redes de Servicios y Telecomunicaciones

«PRST» conseguían una ventaja competitiva al ejercer poder monopólico, encareciendo la prestación del servicio para los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones.

Entonces, el tribunal erró porque le dio un alcance no previsto al concepto de ventaja significativa consagrado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 y desarrollado jurisprudencialmente, según el cual la expedición de normas reguladoras del mercado para intervenirlo con el objetivo de corregir fallas o desviaciones que por sí mismas generan ventajas competitivas significativas libera al demandante de esa exigencia normativa, falencia que adoptó sin argumentación que lo habilitara para alejarse del precedente, no obstante su obligatoriedad para todo operador judicial.

CONSIDERACIONES

El artículo 333 de la Constitución Nacional consagra que «[I]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades»; asimismo, ordena que «[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional».

La libre competencia se instituyó, entonces, como una condición para el correcto funcionamiento del circuito económico, tendiente a garantizar que los agentes puedan participar según sus capacidades -tales como el prestigio

comercial, calidad de los productos, antecedentes profesionales, condiciones negociales, propaganda, ubicación-, dentro del engranaje de oferta y demanda de bienes y servicios (SC, 10 jul. 1986, GJ CLXXXVII); derecho que se socava por figuras como la deslealtad negocial, los comportamientos colusorios o el abuso de mercado, de allí que se imponga su desaprobación.

del jurídico, es posible concebir una competencia omnímoda o ilimitada, donde solamente rija la salvaje y desenfrenada lucha por el mercado, porque en el marco del Valeria Gómez Estrada de Derecho, este derecho, como todos los otros, sólo tiene sentido si se entiende bajo la pauta interpretativa de un principio de

1 Acepción tercera del Diccionario de la Valeria Gómez Estrada, disponible en www.rae.es. igualdad de los competidores frente a la ley» (SC, 19 nov. 1999, rad. n.º 5091).

Mariana López Castañeda ha conceptualizado:

La libertad de competencia... acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante...

Alejandro Simón Rueda Montoya ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que 'La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.' (C-032/17).

Por la variedad de temas involucrados, el estudio del derecho de la competencia «se ha dividido, tradicionalmente, en dos grandes segmentos, a saber, por una parte, las denominadas prácticas comerciales restrictivas, que incluyen actualmente el estudio de los abusos de posición dominante así como el análisis de algunas integraciones empresariales, y por la otra, los actos de competencia desleal» (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 92296-70-450-2016-92489); vertientes que tienen una finalidad propia, como lo ha sostenido esta Corporación:

[L]a regulación de la competencia desleal, que protege y estimula la actividad empresarial y la libertad de quienes intervienen en el mercado, compitiendo entre sí con el propósito individual de cada uno de ellos de hacerse a la clientela; y por el otro, la de las prácticas comerciales restrictivas, cuyas normas persiguen impedir, conjurar, y eventualmente sancionar, los acuerdos o convenios de los empresarios, así como las prácticas unilaterales y las concentraciones de empresas que en el escenario del mercado se encaminen a limitar la competencia o a restringir la oferta de bienes y servicios, en perjuicio de los consumidores, de la eficiencia económica, así como de la libre participación de las empresas en el mercado (ídem).

Por esta senda, en el ámbito nacional se establecieron normas diferenciadas para reprimir las conductas contrarias a la libre competencia, agrupadas según la finalidad maliciosa del comportamiento, a saber: (I) prácticas restrictivas y (II) conductas desleales.

Frente a las primeras, la ley 155 de 1959 vetó todos «los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas» (artículo 1º).

Adicionalmente, con el decreto 2153 de 1992 se realizó un listado de conductas consideradas como contrarias a la libre competencia (artículos 47 y 48) y enumeró los casos que constituyen abuso de

posición dominante (artículo 50).

Más recientemente se expidió la ley 1340 de 2009, en la se consagró el principio de que «[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial», y se tipificaron los actos que se estiman contrarios a este principio (artículos 7º a 19).

Se suma, tratándose de la propiedad industrial, el listado especial de conductas contrarias a la sana competencia contenido en el artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Mariana López Castañeda, de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en Alejandro Simón Rueda Montoya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival».

Con posterioridad, mediante la ley 59 de 1936 se aprobó la Convención sobre protección marcaria y comercial, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929, la cual consideró como desleal «[t]odo acto o hecho contrario a la buena fe comercial al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles» (artículo 20), para lo cual se hizo un listado de conductas (artículo 21).

Juan Andrés Pardo Quintero de Comercio representó un cambio de paradigma al establecer, como uno de los deberes de los

ídem).

Particularmente debía prohibir «1) [c]ualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir a público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.» (Ejusdem).

iniciativa privada libres, con la limitante del bien común, así como competencia económica y libre, leal pero responsable.

A su vez, en el capítulo II relacionó los actos de competencia desleal empezando con una prohibición de tipo general, seguida de las particulares denominadas desviación de la clientela, desorganización, confusión, engaño,

descrédito, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad.

El enfoque de la competencia desleal, por ende, está dirigido a la defensa de los consumidores, preservar el buen se le había otorgado en su totalidad al mercado).

Ciertamente, el marco legal de competencia desleal no sólo vela por los intereses entre los empresarios, también

2 Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Juan Andrés Pardo Quintero S.A. 1988.

3 Ibídem.

incluye a los consumidores como sujetos de protección y garantía cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas.⁴ En efecto, la ley 256 de 1996 reguló límites en el ejercicio de aquella actividad, incluso para quienes no establecidas para tal materia en el Código de Comercio, siendo su objetivo principal «garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y

4 Ibídem.

5 Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Alejandro Simón Rueda Montoya S.A. 1988. pág. 115 y ss.

conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado».

3. En concreto, la compilación legal aludida prohibió de forma general toda actuación que viole el principio de buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos en materia comercial e prestación mercantil o establecimiento ajenos, presumiéndose arquetipos de engaño la utilización o difusión de indicaciones o afirmaciones incorrectas o falsas, la omisión de las reales y cualquiera otra práctica que pretenda o lleve a la desacreditación de la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad de los productos (art. 11); V) descrédito, esto es, en el cual se utiliza o difunde indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, se omite las verdaderas o cualquier práctica que tenga el fin o llegue a desacreditar la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles de terceros, salvo que sean exactas, verídicas y pertinentes (art. 12).

Igualmente previó como actos de competencia desleal popularidad industrial, comercial o profesional de otro, verbi gratia, el empleo no autorizado de signos distintivos foráneos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aun cuando estén acompañadas de la indicación real de la procedencia del producto (art. 15); IX) violación de secretos, consistente en la divulgación o explotación, sin autorización del titular, de confidencias industriales o empresariales, adquiridas legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente a través de espionaje, procedimientos similares o violación de una norma jurídica, aun cuando todas estas conductas no se realicen en el mercado y carezcan de fines concurrenceales (art. 16).

Por último, fueron tipificados como de competencia territorial (art. 19).

Esta consagración traduce que Colombia adoptó el modelo mixto en cuanto a conductas de competencia desleal, al igual que en el Reino de España: «la apuesta que se asumió en la década de los noventa en España a la hora de configurar y decidirse por un modelo de deslealtad fue de naturaleza restrictiva, esto es, se prefirió configurar una lista de deslealtades y ofrecer una cláusula general que inspirase e integrase los diversos supuestos, amén de un control férreo por parte de los tribunales, que pudieran impedir ese crecimiento en aras de una política benefactora del contrario, mediante posibles prácticas que en todo caso o casi siempre resultan incómodas para los competidores.»⁶

proveedores, productores, consumidores o cualquier otro intervintente, de donde la afección también puede irradiar a cualquiera de estos o al propio Estado, al punto de que el Mariana López Castañeda está legitimado para incoar las acciones

6 Valeria Gómez Estrada, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Alejandro Simón Rueda Montoya lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 290.

de competencia desleal, así como asociaciones gremiales y profesionales, entre otras personas (arts. 3 y 21, LCD).

El ámbito objetivo es, de un lado, la exigencia de que el acto ejecutado o potencial trascienda de la esfera personal de su autor para generar efectos en otro u otros de los agentes o sectores comerciales referidos; y de otro lado, que tenga fin legislación, la doctrina especializada tiene consagrado que «[la finalidad concurrencial viene a complementar el acto que se realiza en el mercado, al darle sentido, por cuanto le exige que se dirija hacia la consecución de un fin comercial, 'mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero', más allá de una finalidad puramente personal.]»⁷

Entonces, el aludido fin concurrencial, indispensable para que el acto que lo contiene se configure como de competencia desleal, es la intención de un intervintente en el mercado para crear, mantener o incrementar su realiza o de un tercero; y III) que corresponda a una de las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea general o específica. (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995- 16345-79-184-2022-78425, reiterada en SC4174 de 2021, rad. 65464-35-560-2014-64270-

01).

7 De la Alejandro Simón Rueda Montoya, Valeria Gómez Estrada. 2014. La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Mariana López Castañeda de Colombia. Pág. 13.

En tratándose del acto de competencia desleal de violación de normas, objeto de la presente litis, la doctrina especializada tiene sentado que «[I]a violación de una norma jurídica como acto de competencia desleal surge como consecuencia del modelo social de competencia desleal que se dirige a lograr que los competidores se distingan sobre los demás por sus propias virtudes, calidad e innovación de sus productos y no por ventajas logradas artificialmente, violando la ley.»⁸

«En suma, el carácter desleal de la infracción se fundamenta en que esta impida una competencia basada en el principio de competencia eficiente o de las propias prestaciones (...), en la que, como es sabido, se pretende que en el mercado prevalezca quien ofrezca las prestaciones más eficientes (leistungswettberwerb) logradas de forma lícita y transparente, no a través del incumplimiento de normas legales reguladoras del mercado, que desnaturalice las condiciones de dicho mercando.»⁹ De allí que el artículo 18 de la ley 256 de 1996 la definió como «la realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa».

«[E]xiste una norma que es contravenida por el infractor consiguiendo a estos efectos una ventaja en el mercado, siendo diversos los planos sobre los que materialmente se proyecta esa conducta, (...) Repárese, sin embargo, que no se

8 De la Juan Andrés Pardo Quintero, Valeria Gómez Estrada. (2014). La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Mariana López Castañeda de Colombia, 1^a edición, pág. 146.

9 Alejandro Simón Rueda Montoya, Alberto. (2009). Violación de normas, comentario a la Ley de Juan Andrés Pardo Quintero, director Valeria Gómez Estrada, Mariana López Castañeda, pág. 257, citado por Valeria Gómez Estrada la Juan Andrés Pardo Quintero. Ob. Cit.

trata de que una violación de norma sea acto de competencia desleal, sino que se tratará de aquellos supuestos en que el infractor, al contravenir la norma, (...) está incidiendo en el desarrollo del mercado y específicamente en el ámbito competencial, a saber, en el equilibrio de posiciones que la ley ofrece a quienes desarrollan su actividad económica en aquél. Ello no exige, en absoluto, como se verá, que se trate de

Del precepto legal en cita se desprende que son requisitos configuradores de este acto de competencia desleal los siguientes: I) la concurrencia de una norma jurídica; II) la obtención de ventaja competitiva; III) que esta sea

10 Valeria Gómez Estrada, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Juan Andrés Pardo Quintero lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 610. significativa; y IV) que la ventaja derive de la transgresión normativa.

En cuanto al primero de esos requisitos se tiene que la realización de cualquiera actividad mercantil puede estar sometida a la intervención estatal, dependiendo del interés público que comporte, en concordancia con el artículo

alteración del principio par conditio concurrentium (reglas iguales entre competidores), que tiene el propósito de que el funcionamiento del mercado entre participantes sea realizado en plano simétrico. Como lo ideal es que los comerciantes estén en igual punto de partida para ejercer su actividad, en tanto

competidores dentro del mismo ramo, la obtención de ventaja competitiva sancionada es aquella derivada del incumplimiento de preceptos normativos, en la medida en que esta transgresión puede colocar al infractor desde el inicio de su desenvolvimiento comercial en situación de privilegio en relación con sus contrincantes directos e indirectos.

La significatividad, como tercer presupuesto del acto de competencia desleal bajo estudio, alude a que la alteración del plano de igualdad que obtiene el comerciante o interveniente en el mercado con la concurrencia del

11 Ibídem, pág. 611.

respectivo precepto sea importante o trascendental, esto es, que se vea favorecido de forma especial teniendo en cuenta el punto de partida de los competidores.

Sobre este requisito la doctrina patria tiene dicho que:

«Para la procedencia de este supuesto fáctico se requiere que como consecuencia de la vulneración al ordenamiento especial se obtenga una ventaja competitiva significativa (daño indirecto). Esta ventaja competitiva significativa debe ser de una dimensión importante, que permita al infractor ser más competitivo o amenazar la competitividad de otros. Dicho ingrediente resulta ser muy subjetivo, pero no por ello no demostrable.»¹²

Por supuesto que casos habrá en los cuales la ventaja no se muestra representativa en razón a que el adquirente potencial del bien o servicio, al momento de escoger entre los diversos oferentes, puede estar motivado por otras circunstancias diversas a aquellas reguladas en la norma transgredida, por lo que el juzgador en cada caso concreto debe sopesar las variadas circunstancias que rodean la prestación del servicio o las características del producto, según sea el caso, a efectos de determinar la aludida significatividad.

De allí que la doctrina foránea tenga sentado que la deslealtad está «presentándose significativa cuando se produce desviación acreditada de la clientela de los

12 Velandia, Mauricio. (2011). Derecho de la competencia y del consumo. Mariana López Castañeda de Colombia, 2^a Edición, pág. 387.

competidores a su favor con tal práctica que la Ley sanciona y ataja...»¹³

Que la ventaja lograda por el infractor derive de la transgresión normativa impone la existencia de una relación causa efecto entre esta y aquella, es decir que el daño padecido por los restantes oferentes del servicio o bien, o

acto de competencia desleal de violación de normas señalando: «1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también

13 Valeria Gómez Estrada, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Mariana López Castañeda lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 611. la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.» (Artículo 15 de la ley 3 de 1991).

revela cómo esa legislación extranjera presume que, a raíz de la transgresión de una norma jurídica reguladora de cualquiera actividad concurrencial, el infractor obtiene, per se, la aludida ventaja competitiva y significativa.

No sucede lo propio en el ordenamiento patrio, habida cuenta que la ley 256 de 1996, a través de la cual fue

codificada la competencia desleal, previó en el artículo 18 que

«[s]e considerara desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.»

Es decir, en Colombia la legislación reguló, de manera hermenéuticas distintas.

Por vía de ejemplo, que la legislación trasgredida se muestre obsoleta, fenómeno que desde una óptica sociológica resulta común, en tanto no son pocas las veces en las cuales las dinámicas sociales, con mayor razón las prácticas

mercantiles, tienen desarrollo más célebre en comparación con el ordenamiento legal que las rige.

Igualmente puede ocurrir que la persona trasgresora de la norma jurídica prohibitiva no haga uso de la ventaja competitiva y significativa que dicho precepto intentó evitar, a pesar de tenerla a su alcance, porque, además de la

aceptar que toda vulneración de una regla jurídica expedida para regular un determinado mercado constituiría el acto de competencia desleal de violación de normas, sin parar mientes en las consecuencias de dicha infracción, esto es, dejando de auscultar si generó alguna valía para el infractor en desmedro de sus competidores, ni las connotaciones de esta utilidad, aceptación que, por ende, se muestra

desproporcionada porque omite escudriñar los efectos de la situación denunciada.

Así las cosas, el artículo 18 de la ley 256 de 1996 sí exige, para calificar un acto de violación de norma jurídica como constitutivo de competencia desleal, que otorgue una ventaja competitiva y significativa a favor del infractor, lo

Recuérdese que cuando se invoca la afectación por la senda recta de la ley sustancial es necesario partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por acreditados en el fallo, sin que exista campo para disentir de la valoración ni de los medios de convicción recaudados, por cuanto la crítica debe estar dirigida a derruir los falsos raciocinios de

las normas sustanciales que gobiernan el caso, bien sea porque el Tribunal no las tuvo en cuenta, se equivocó al elegirlas o, a pesar de ser las correctas, les da un entendimiento ajeno a su alcance.

Al respecto tiene dicho la Corte que:

En suma, el segundo y último cargo estudiado tampoco prospera.

CONCLUSION

De lo analizado emerge que el juzgador ad quem no incurrió en los errores in procedendo e in iudicando a él enrostrados en los dos cargos propuestos, circunstancia que conlleva la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Valeria Gómez Estrada del Proceso, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el

ibidem, incluyendo por concepto de agencias en derecho la

suma de \$991.329.668-49-231-2017-76003.

Se reconoce al abogado Mariana López Castañeda como apoderado judicial de la demandada en los términos del poder a él conferido.

Cumplido lo anterior devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Alejandro Simón Rueda Montoya

Mariana López Castañeda

Alejandro Simón Rueda Montoya

Alejandro Simón Rueda Montoya

Carlos Felipe Nieto Barrera

Mariana López Castañeda Firma con aclaración de voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Mariana López Castañeda del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación:

B2D944D6DA7DE8865470071EAF007977575DD23E88812D70F4149BAB80D9EA73

Documento generado en 32934-97-303-2027-35457

ACLARACIÓN DE VOTO SC36858-78-763-2005-52176

Radicación n° 29683-20-470-2027-63705

Si bien estoy completamente de acuerdo con la decisión tomada en el sentido de no casar la sentencia de 28 de marzo de 2019, proferida por la Valeria Gómez Estrada del Alejandro Simón Rueda Montoya del Carlos Felipe Nieto Barrera de Bogotá, en el proceso verbal de Mariana López Castañeda S.A. contra Alejandro Simón Rueda Montoya S.A. ESP., estimo necesario hacer precisión sobre un tema en el que he venido insistiendo desde la aclaración de voto a la SC50548-92-165-2024-42460 y que reiteré en el salvamento parcial de voto a la SC48850-66-515-2009-47290.

En el aparte de las consideraciones para el despacho del primer cargo, relacionado con la denunciada incongruencia por el desvío del ad quem al excederse en sus facultades sin atender las limitaciones impuestas en la formulación de la alzada, se expone en la providencia que

(...) no es absoluta la restricción dirigida al juzgador de segundo grado tendiente a evitar que se pronuncie sobre materias no expuestas en la impugnación sometida a su conocimiento, porque un

veredicto en tal sentido denota el cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, lo que, por contera, evidencia que se trata de una potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación. En efecto, la resolución de este mecanismo de defensa trae implícitos, además de los reproches incoados por los recurrentes, otros de forzoso pronunciamiento, tal cual lo revela el canon 328 del Juan Andrés Pardo Quintero del Proceso, al señalar que «[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley». (Destacado ajeno). En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse motu proprio, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, verbi gratia, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 88364-86-140-2014-12154); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 71715-88-466-2004-63610; CSJ STC13428 de 2019, rad. 96885-94-686-2014-71430); entre otros eventos.

Uno de estos pronunciamientos oficiosos que debe asumir el funcionario ad-quem corresponde al señalado en el artículo 282 de la obra en mención, a cuyo tenor «[e]n cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda».

Otro lo constituye el análisis de los presupuestos del derecho reclamado por el demandante, sin que este proceder implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, «[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo...» (CSJ SC4574 de 2015, rad. 28922-14-104-2033-81806). Es decir, la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Alejandro Simón Rueda Montoya sobre el punto decantó, en pronunciamiento que refería a la legitimación de las partes pero que guarda simetría con el presente, que «cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.» (CSJ SC2642 de 2015, rad. 87473-29-565-2016-16421).

En suma, no se configura el vicio de incongruencia cuando el juzgador de segundo grado analiza la satisfacción de los presupuestos de la pretensión radicada por el demandante, aun cuando estos no sean objeto de reparo en la apelación (SC3918 de 2021, rad. 37335-53-698-2000-38133).

Y como en el sub exámine el tribunal analizó la concurrencia de los dos últimos requisitos axiológicos del acto de competencia desleal evocado en la demanda, consagrado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, cual es que la violación de normas allí prohibida generara a la convocada una ventaja competitiva, que en adición fuera

significativa, el fallo no incursionó en incongruencia, aun cuando esto no fue objeto de reclamo por vía de apelación.

Dicho aparte contiene una visión ajena al querer de la normativa adjetiva vigente, en virtud de la cual las potestades del superior se encuentran restringidas por la lectura conjunta de los artículos 282 y 328 del Juan Andrés Pardo Quintero del Proceso, como dejé esbozado en el salvamento parcial de voto a la SC31392-47-460-2031-68379 en el que expresé que el primer precepto en mención

(....) se refiere estrictamente al reconocimiento oficioso de excepciones en la sentencia de primer grado, la posibilidad de que no se estudien todas las defensas si alguna conduce al rechazo de todas las pretensiones de la demanda y el deber del superior de pronunciarse sobre las restantes si estima que aquella era infundada, pero que no confiere al ad quem facultades para un examen indiscriminado de las situaciones sometidas a su escrutinio, máxime cuando el primer inciso del artículo 328 del Juan Andrés Pardo Quintero del Proceso expresa que «[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley» -se resalta-.

Como dejé expuesto en la aclaración de voto a la SC60155-54-182-2034-97003, que se cita en el aparte del cual discrepo,

(...) con la expedición del Mariana López Castañeda del Proceso, tratándose del recurso de apelación se introdujo la figura de la «pretensión impugnativa», por virtud de la cual, en principio, el funcionario de segundo grado solo deberá ocuparse de los temas que sean propuestos por el o los inconformes, como antítesis a la visión panorámica que en dicho marco imperó en anteriores sistemas adjetivos.

Sin embargo, al tenor del artículo 328 ibidem, esta regla general encuentra excepciones o salvedades en los siguientes eventos: i) cuando sea menester adoptar decisiones «de oficio, en los casos previstos por la ley», lo que armoniza con el inciso 3º del canon 282 del mismo estatuto, evento en el cual, el superior está habilitado para resolver sobre las otras excepciones de mérito «aunque quien la alegó no hayaapelado de la sentencia»; y, ii) en aquellos casos que ambas partes apelen toda la sentencia o cuando quien no recurre adhiera al medio propuesto por su contendiente, circunstancias en las cuales «el superior resolverá sin limitaciones».

A lo anterior hay que añadir que entre las determinaciones oficiosas que por expresa consagración normativa puede tomar el superior están el llamamiento de oficio (art. 72 id.), el impulso del trámite para la reconstrucción del expediente (art. 126 id), el decreto de pruebas necesarias para resolver una recusación (art. 143), la acumulación de procesos declarativos (art. 148), la aclaración, corrección, adición y saneamiento de irregularidades en la firma de autos y sentencias (arts. 285 a 288 id), el decreto de pruebas (arts. 312 y 327 id.) y la terminación por desistimiento tácito (art. 87963-23-444-2017-92760 id), todas ellas de estirpe procesal y sin que dejen un margen de discrecionalidad tal que permita alterar relaciones jurídico procesales consolidadas (...).

Por ende, aunque coincido en que en el presente caso no se configura el vicio de inconsonancia predicado por la inconforme, no es por la razón expuesta en el fallo sino porque el análisis del Tribunal se hizo dentro de los alcances que le permitían las apelaciones de ambas litigantes.

Fecha ut supra.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Valeria Gómez Estrada

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Carlos Felipe Nieto Barrera del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación:

012251754C3D01BBBDD5263824B6F2DAC62CBAFB01536BD7DE0475C19D234EA3

Documento generado en 15267-80-575-2017-77240