LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC3907-2021

Radicación n.° 11001-31-03-027-2011-00181-01

(Aprobado en sesión de veintinueve de abril de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso extraordinario de casación que interpuso Inversiones Lucol S.A. frente a la sentencia de 2 de diciembre de 2019, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió la impugnante contra la Organización Terpel S.A. e Inversiones Ingeoil S.A.S.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Inversiones Lucol S.A. pidió declarar que las sociedades demandadas «*incurr[ieron] en actos de competencia desleal*», razón por la cual deben ser condenadas –*in solidum*– al pago de $14.000.000.000, a título de «*indemnización por los perjuicios*

patrimoniales causados», junto con «*los intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada*». En subsidio, solicitó que se declare que las demandadas le causaron «*daños y perjuicios como consecuencia de las conductas y actos desplegados*», con secuelas económicas idénticas a las que se reseñaron en el *petitum* principal.

2. Fundamento fáctico.

2.1. A partir del 8 de septiembre de 1986, Inversiones Lucol S.A. «*se convirtió en agente comercial y distribuidor mayorista exclusivo de productos Terpel*». Para ese entonces, «*la marca Terpel contaba con un escaso posicionamiento en el mercado nacional, siendo medianamente conocida en Bucaramanga y totalmente desconocida en el resto del país*».

2.2. La actora «*desplegó su actividad en la zona correspondiente a Cundinamarca y Bogotá D.C., en la cual Terpel no tenía presencia ni reconocimiento* (...). *Lucol trabajó arduamente para el posicionamiento de la marca desde 1986, en forma exitosa, pues para 1993 realizaba ventas de 83.884 galones anuales*».

2.3. Entre 1986 y 2002, dicha relación comercial se desarrolló sin mayores contratiempos. Sin embargo, el 2 de octubre de esa última anualidad, «*Terpel exigió a Lucol la firma de un contrato de distribución con Terpel Bucaramanga, so pena de terminar la relación contractual, por lo que* [aquella] *se vio obligada a la suscripción de un nuevo contrato, redactado en su integridad por Terpel* (...) *en cuya cláusula sexta se estipuló la facultad de darlo por terminado avisando con 90 días de antelación*».

2.4. A partir del año 2005, «*Terpel comunicó a Lucol que no podía "seguir atendiendo los clientes que había obtenido correspondientes a los denominados clientes industriales y las estaciones de servicio cuyo consumo fuera superior de 110 galones mensuales", pues a partir de la fecha los atendería directamente Terpel*». Como si fuera poco, «*se exigió a Lucol la entrega a otro distribuidor de sus clientes atendidos en la zona de Cundinamarca y parte de Bogotá, reduciendo el área de venta permitida a Lucol a solamente el suroriente de Bogotá*».

2.5. Aunque esas determinaciones provocaron un impacto negativo inmediato en su operación, «*gracias al esfuerzo de Lucol, durante los años 2006 y 2007,* [se] *logró reposicionar la marca y obtener ventas en la "nueva zona asignada"*» por un monto anual superior a $4.000.000.000. Pero, sin reparar en ello, «*Terpel, mediante un plan fríamente calculado y sistemáticamente ejecutado* (...) *decide nombrar como distribuidor a la sociedad conformada por sus ex funcionarios Jairo Jesús Cuéllar Díaz y Gustavo Adolfo Vallejo* [Inversiones Cuéllar Vallejo S.A.S., hoy Inversiones Ingeoil S.A.S.] *para la misma zona geográfica asignada a Lucol, patrocinando de manera directa y preferente las nuevas actividades comerciales en detrimento de los intereses de Lucol*».

2.6. En efecto, «*Terpel, con el propósito de excluir definitivamente a Lucol del mercado de distribuidores de lubricantes de la marca Terpel y favorecer a Inversiones Cuellar Vallejo S.A.S., en la zona sur de Bogotá, promovió, permitió, auspició y ejecutó directamente o por intermedio de esta, múltiples actividades en contra de los intereses de Lucol*», tales como «*entregar a Inversiones Cuéllar Vallejo S.A.S. los clientes que le había quitado y prohibido a Lucol en el 2005*»; «*atac[ar] la clientela de Lucol, especialmente los que representaban mayor volumen de ventas, ofreciéndole condiciones de venta muchísimo más*

favorables», o entregar más ágilmente a la nueva distribuidora «*equipos ofrecidos para el mejor mercadeo*».

2.7. Estas conductas desleales fueron erosionando progresivamente la clientela de Inversiones Lucol S.A., efecto nocivo que terminó consumándose cuando el fabricante «*dio "aviso de terminación de un contrato", informando que "la venta de lubricantes a Inversiones Lucol S.A. por parte de la Organización Terpel será hasta el día 2 de octubre del año* [2009]*", aviso de terminación que solo constituye un pretexto para encubrir su premeditado propósito de excluir a Lucol del mercado y consolidar la participación de la sociedad Inversiones Cuéllar Vallejo S.A.S. en el área de influencia de Lucol, beneficiándola con el canal de distribución y portafolio creado durante 23 años de arduo trabajo, en un acto que se opone a la buena fe comercial y prácticas honestas dentro del mercado*».

2.8. Como colofón, los «*actos de competencia desleal*» denunciados generaron que Inversiones Ingeoil S.A.S. se aprovechara ilícitamente de las estrategias de venta, reputación, redes de mercadeo y portafolio de clientes de Inversiones Lucol S.A., impidiéndole así a la querellante «*recuperar las inversiones realizadas para el posicionamiento de la marca* (...). *Además, en razón a los actos de competencia desleal de la parte pasiva* (...) *Lucol debió afrontar la reducción de las ventas* (...), *perdi[endo] un mercado representado en clientela y un canal de distribución debidamente reconocido, conseguido durante 23 años*».

3. Actuación procesal.

3.1. La demanda se admitió por auto de 26 de abril de 2011, el cual se notificó a las querelladas por aviso.

Inversiones Ingeoil S.A.S. concurrió oportunamente, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito denominadas «*libertad de asociación, libertad de empresa y libertad económica*»; «*falta de legitimación en la causa por pasiva*»; «*falta de culpabilidad y antijuridicidad de los hechos*»; «*prescripción*» y «*falta de carácter confidencial de la información de Lucol*».

A su turno, durante el término de traslado, la Organización Terpel S.A. permaneció silente.

3.2. Mediante fallo de 3 de mayo de 2019, el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá declaró que las querelladas «*incurrieron en conductas de competencia desleal relativas a la desviación de clientela*» y, consecuencialmente, les impuso la carga de sufragar «*de manera solidaria, la cuantía de $369.835.675, por concepto de perjuicios*». Todas las partes apelaron.

SENTENCIA IMPUGNADA

En providencia de 2 de diciembre de 2019, el tribunal modificó lo resuelto por el juez *a quo*, con el propósito de denegar el resarcimiento patrimonial suplicado. Lo anterior, con soporte en los siguientes razonamientos:

(i) Los reparos de la demandante «*no estuvieron encaminados a extender la declaratoria de actos de competencia desleal a otras conductas*», distintas de las consideradas por el juez *a quo* como soporte de su fallo parcialmente estimatorio. Por ende, «*la sustentación en la que se pretendió que se declararan otros*

perjuicios como consecuencia de actos de desorganización empresarial, no tienen cabida en segunda instancia».

(ii) La desviación de clientela que reconoció el *a quo* como único acto probado de competencia desleal, «*se atribuye. (...) a las conductas que comenzaron a gestarse a mediados del año 2008 en adelante, cuando aparece en el mercado el "otro distribuidor" que reprochó Lucol a Terpel en las comunicaciones que para esa época envió, y que fueron mostrando una serie de hechos que culminaron con la aniquilación de la relación contractual que existía con la actora*».

(iii) Esos acontecimientos, «*mirados aisladamente, no permiten afirmar la ocurrencia de la conducta desleal, pero tampoco descartan su existencia (...). Por eso no es reprochable que el funcionario haya acudido a los indicios para tomar su decisión (...), de manera que, aunque sea cierto que no hay confesión, ni prueba directa del propósito conjunto de las demandadas para terminar desviando la clientela lograda por Lucol para Terpel, los indicios así lo evidencian*».

(iv) Justamente, aunque «*no se contó con una prueba expresa de la existencia de un acuerdo entre Terpel y Cuéllar Vallejo, pero la forma en que ocurren los hechos que llevaron a que los ex trabajadores se asociaran y entraran a participar del mercado en Bogotá y Cundinamarca, concertando un contrato de distribución para la misma zona, son indicadores de que eso se logró con la participación de Terpel, que fue la acusación de la demanda. Es decir, la desviación de la clientela inició con los actos de Ingeoil, como distribuidor a los mismos clientes de Lucol, acceder a la información de ellos, y se concretó con la terminación unilateral de contrato por Terpel*».

(v) No obstante, dado que la actora no optó por ejercer las acciones contractuales, «*aquí no se puede discutir si la*

terminación del contrato fue legítima o no, si hubo incumplimiento del contrato, ni si la clientela, desde la perspectiva de la relación de distribución, pertenece al productor o no. Estudiar esos aspectos no conducen a descartar ni afirmar la lealtad o deslealtad de la conducta».

(vi) Por consiguiente, «*apreciar como perjuicios la diferencia negativa en las utilidades netas esperadas para el momento en que intervino el nuevo distribuidor* (...), *es decir, su disminución en el año 2009, hasta el momento en que se hubiera cumplido el contrato en el 2010, no encaja en la reclamación de competencia desleal, pues se refiere a consecuencias surgidas por la terminación del contrato de distribución, que no es lo que se juzga en este proceso*». Inclusive, «*de la prueba pericial no se puede derivar la relación causal de la conducta declarada como desleal con los rubros tasados a título de daño*».

(vi) De lo anterior se sigue que, «*aunque la conducta de desviación de clientela se realizó* (...), *el perjuicio que Lucol reclamó no se causó por esa conducta. Se recuerda que la actora no determinó con precisión las conductas desleales cometidas* (...), *pero en su sustentación reclamó perjuicios derivados de* (...) *la desorganización empresarial e incluso la inducción a la ruptura contractual, apartándose de los reparos formulados, pues había asentido con que la única conducta desleal probada fue la desviación de la clientela*».

DEMANDA DE CASACIÓN

Al sustentar su impugnación extraordinaria, la convocante propuso cuatro cuestionamientos, dos de ellos fincados en la causal consagrada en el artículo 336-1 del Código General del Proceso, y los restantes por la senda del segundo y tercer motivo de casación. Por motivos

estrictamente formales, la Sala abordará inicialmente el último cuestionamiento.

CARGO CUARTO

Tras denunciar que el fallo del tribunal «*no est[á] en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda*», Inversiones Lucol S.A. alegó que «*no obstante la claridad de las pretensiones y los hechos en los que se soportan, el tribunal en su sentencia adelant[ó] el juicio de responsabilidad por separado para cada empresa y se dedicó a mirar únicamente la responsabilidad de Terpel derivada de un contrato, pero no se detuvo a observar la responsabilidad extracontractual de Inversiones Cuéllar Vallejo, ni la solidaridad de ambas empresas*».

Ese error procedimental «*impide saber si las dos demandantes* (sic) *fueron calificados por el tribunal como autores, a la luz del artículo 2344 del Código Civil, naciendo la solidaridad legal en virtud de ese mandato, o lo que encontró en la sentencia es que uno de los demandados es autor y el otro demandado contribuyó al acto desleal, naciendo la solidaridad pasiva a la que hace referencia el artículo 22 de la Ley 256, donde la solidaridad legal no nace de la coautoría sino de la contribución a la concreción del acto desleal*».

Con apoyo en lo anterior, se colige que «*el juicio separado de responsabilidad que realiza la sentencia no está en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda. Las consecuencias no se hacen esperar; para cada uno de los demandados tiene una incidencia muy grande en este asunto, pues a partir de allí se determina si Terpel es desleal en el mercado con ocasión del comportamiento contractual y fue ayudado por inversiones Cuéllar Vallejo, o si el desleal es Inversiones*

Cuéllar Vallejo con ayuda de Terpel, o si, por el contrario, los dos son coautores en el comportamiento».

CONSIDERACIONES

1. Régimen aplicable al recurso.

Es pertinente advertir que el recurso de casación en estudio se interpuso en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual todo lo concerniente al mismo se ha de regir por esa normativa.

2. La regla de la consonancia.

El artículo 281 del Código General del Proceso establece que:

> «*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último*».

Esta norma tiene por objeto resguardar los derechos de defensa y contradicción de los litigantes a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento, evitando que aquellos sean sorprendidos con decisiones inesperadas que corresponden a hechos,

pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados –ni replicados– oportunamente.

En otros términos, el rigor limitativo del ejercicio de la función jurisdiccional exige que esta sea cumplida sin exceso, pero sin defecto, como lo ha pregonado la doctrina[1], de manera que cuando la actividad del juez (individual o colegiado) no se ciñe a ese preciso ámbito, su decisión estará viciada de incongruencia, en alguna de estas tres modalidades: *ultra petita*, *extra petita* y *mínima petita*.

Sobre la mencionada desviación del procedimiento, y sus distintas expresiones, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

> «*A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez. A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le*

[1] El principio de congruencia «*tiene extraordinaria importancia, (…) pues se liga íntimamente con el derecho constitucional a la defensa, ya que este exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas, y las alegaciones se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso*». DEVIS, Hernando. *Teoría General del Proceso.* Ed. Temis, Bogotá. 2017, p. 50.

*ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (**ultra petita**); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (**mínima petita**); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (**extra petita**)*» (CSJ SC1806-2015, 24 feb.).

3. Análisis del cargo.

Al proferir el fallo censurado, el tribunal tomó medidas antagónicas con relación al *petitum* de la actora. De un lado, refrendó la decisión de declarar que las convocadas habían incurrido en actos de «*desviación de la clientela*» –en los términos del artículo 8 de la Ley 256 de 1996–; y de otro, estimó que las súplicas resarcitorias de Inversiones Lucol S.A. eran improcedentes, dado que el perjuicio patrimonial que reclamó carecía de vínculo de causalidad con las conductas ilícitas previamente mencionadas.

De lo anterior se sigue que existió un pronunciamiento integral de la colegiatura de segunda instancia acerca de las pretensiones –declarativas y de condena– sobre las que versaba la litis, lo que descartaría la comisión del yerro *in iudicando* alegado, salvo que se demostrara que el fracaso de

la demanda fue producto de un abuso en las potestades del fallador, bien porque se separó de la relación fáctica expuesta por las partes en las oportunidades pertinentes, para refugiarse en su visión particular de la controversia, o ya porque acogió alguna de las excepciones que no pueden ser reconocidas en forma oficiosa.

Sin embargo, ello no parece haber ocurrido en este proceso, o al menos tal cosa no puede deducirse de los argumentos vertidos en el cargo que se estudia, en los que la recurrente no hizo referencia a desafueros en la elaboración del marco fáctico de la controversia, sino que se concentró en señalar que el tribunal «*adelant[ó] el juicio de responsabilidad por separado para cada empresa*», protesta que carece de conexidad con el error formal que pretende corregir el tercer motivo de impugnación extraordinaria.

Cabe agregar que ese estudio segmentado no fue el motivo de la decisión desestimatoria (parcial) que adoptó el *ad quem*, sino el hecho de que el daño patrimonial que reconoció el juzgado de primera instancia proviniera de la terminación anticipada del contrato de distribución que otrora vinculó a la actora con la Organización Terpel S.A., o de otras circunstancias fácticas distintas a las maniobras de competencia desleal desplegadas por las sociedades demandadas.

Sobre el punto, en la providencia censurada se dijo:

«La Sala estima que el perjuicio ocasionado no concierne a períodos anteriores a la aparición en el mercado de Ingeoil. De hecho, la conducta desleal se predica directamente del comportamiento de la sociedad que en su momento se llamaba Inversiones Cuéllar Vallejo, e indirectamente de Terpel, como colaborador (...), luego no cabe reclaar perjuicios anteriores [al año 2008]. *Tampoco el perjuicio en este proceso corresponde al que deriva de una acción contractual por incumplimiento de obligaciones de distribución entre Terpel y Lucol, de manera que) al apreciar como perjuicios la diferencia negativa en las utilidades netas esperadas para el momento en que intervino el nuevo distribuidor Cuéllar Vallejo, es decir, su disminución en el año 2009, hasta el momento en que se hubiera cumplido el término del contrato en el 2010,* ***no encaja en la reclamación de competencia desleal****, pues se refiere a las consecuencias surgidas por la terminación del contrato de distribución, que no es lo que se juzga en este proceso (...).*

De la prueba pericial no se puede derivar la relación causal de la conducta declarada como desleal con los rubros tasados a título de daño. Así, por ejemplo, los "recursos por pérdida de clientes", relacionado con la información sobre la clientela que fue entregada a Terpel, el perito consideró que "conduce a la reducción de ventas" de la demandante, sin que su tarea fuera la de establecer esa relación causa-efecto. Los conceptos llamados "sentencia judicial a favor de la Organización Terpel", que el auxiliar dijo "proviene de las cuentas por pagar que no fue posible atender por las situaciones padecidas por la empresa"; la "cartera no recuperable", en razón de fomentar "la pérdida de credibilidad de los clientes"; los "inventarios no recuperables", que corresponden a bienes "no realizables" por Lucol, y los "gastos periciales" (...), solo muestran que el perito se dedicó a calcular las sumas, pero era carga de la actora demostrar que esos rubros tenían causalidad con la conducta desleal, lo que no procuró en curso del proceso. ***Aunque la conducta de desviación de la clientela se***

realizó por las demandadas, el perjuicio que Lucol reclamó no se causó por esa conducta».

Por esa vía, refulge que el tribunal no alteró la versión de los hechos que las partes presentaron en las oportunidades pertinentes, ni tampoco reconoció una defensa de aquellas que requieren alegación expresa; simplemente, coligió que no existían soportes probatorios que permitieran inferir que el menoscabo económico alegado –genéricamente– por la convocante, y "tasado" por el perito Germán Peña Ordóñez, había sido generado por los actos de desviación de clientela que se reconocieron en el fallo de primer grado. Y como esa deducción atañe al fondo de la controversia, el cuestionamiento no puede abrirse paso, pues al elegir la senda de la incongruencia

«(…) ***[n]o puede el recurrente soportarse en errores de juicio en que hubiere podido incurrir el sentenciador***, *los cuales sólo podrían tener acogida bajo la[s] causal[es] primera* [y segunda, en la actualidad], *de suerte que si la disonancia proviene del entendimiento de la demanda o de alguna prueba, la falencia deja de ser in procedendo para tornarse en in iudicando, la cual tiene que fundarse necesariamente en la[s] causal[es] primera* [y segunda] *de casación, ya que de existir el yerro, éste sería de juicio y no de procedimiento*». (CSJ SC6795-2017, 17 may.).

4. Conclusión.

El cargo cuarto no prospera, porque en su desarrollo la actora no logró probar que el *petitum* o la *causa petendi*

hubieran sido objetivamente alterados por el tribunal al proferir el fallo de segunda instancia.

CARGO PRIMERO

Se acusó al tribunal de trasgredir, de forma directa, los artículos 1, 20 y 22 de la Ley 256 de 1996; 768, 1617, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil, y 516, 825, 871 y 884 del Código de Comercio, censura que se fincó en los argumentos que seguidamente se compendian:

(i) El *ad quem* «*no observó una norma propia de la responsabilidad civil extracontractual, aplicable a los casos de competencia desleal cuando la fuente de la responsabilidad provenga de un comportamiento incorrecto dentro del mercado*», lo que le imponía ordenar la reparación de las consecuencias dañosas de los reconocidos actos de desviación de clientela.

(ii) De no haber desconocido las pautas positivas citadas, «*el tribunal hubiera encontrado la responsabilidad de Inversiones Cuéllar Vallejo, la cual fue patrocinada por Terpel, ordenando el pago de los perjuicios como la pérdida de valor de la empresa Lucol a expensas de la correspondiente apropiación indebida de esa por parte de Inversiones Cuéllar Vallejo*».

(iii) Aunque en la causación del daño confluyeron las conductas de ambas demandadas, «*el tribunal, para definir un nexo de daño* (sic) *solo vio el caso planteado como si Terpel fuera el único que ejerció una conducta desleal, pero evitó ver el régimen* (...) *que rige para Inversiones Cuéllar Vallejo* (...) *y sus implicaciones respecto de cualquier daño causado*».

(iv) Se colige de lo expuesto que «*si el tribunal hubiera tenido en cuenta las normas que establecen la responsabilidad y la solidaridad entre los causantes del daño, habría encontrado que, independientemente de la existencia de un vínculo contractual, los demandados son solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal, desviación de la clientela, que les son imputables, y están obligados a reparar el perjuicio ocasionado por dichos autos*».

CARGO SEGUNDO

Al denunciar la infracción de los artículos 1, 7 y 8 de la Ley 256 de 1996; 768, 1602, 1603, 1604, 1616, 1617, 2341 y 2344 del Código Civil, y 516, 825, 871 y 884 del Código de Comercio, la entidad demandante adujo lo siguiente:

(i) Las conductas desleales pueden provenir de un comportamiento contractual o extracontractual, «*pudiéndose, además, cobrar todos los perjuicios directos, ciertos e inmediatos, cuando se actúa con dolo. Y eso fue lo que ignoró el tribunal en su sentencia, y en este caso, producto de la desviación de clientela declarada a Terpel, derivada de un conjunto de hechos desarrollados en virtud de la ejecución de un contrato, el tribunal debió tasar todos los perjuicios consecuentes de la deslealtad, como fue la pérdida de valor de la compañía Lucol y la apropiación de este valor por parte de Inversiones Cuéllar Vallejo*».

(ii) El artículo 1 de la Ley 256 de 1996 «*permite conocer bajo la acción de competencia desleal asuntos atinentes a relaciones contractuales y extracontractuales y deben ser indemnizados los perjuicios de ese actuar desleal. Claro que debe existir la necesidad de encontrar algo más allá que un incumplimiento contractual* (...) *y se*

requiere que ese comportamiento dañe la "buena fe concurrencial o comercial" inmersa en nuestro caso en la desviación de clientela. Bajo tal orden de ideas, el tribunal no contaba con mordaza para abstenerse de estudiar todos los perjuicios».

(iii) Para solucionar el litigio era menester «*definir si la falta al deber de buena fe contractual dañó a Lucol, así ese mismo comportamiento genere infracción contractual. En corto, una inobservancia al deber de buena fe comercial o concurrencial, y en caso de decidir demandarse por deslealtad ese comportamiento al amparo del artículo 1 de la Ley 256 de 1996, se subsumen en esa acción todos los daños derivados de ese incumplimiento a la buena fe concurrencial, así la misma también genere infracción contractual*».

(iv) En el fallo de segunda instancia se desconocieron «*las normas que en el sistema colombiano imponen el comportamiento de buena fe en los tratos contractuales* (...), *incluyendo los actos preparatorios desleales que impulsan una terminación unilateral de los mismos, de suyo idóneos para configurar un acto de competencia desleal como el de desviación de clientela derivada de comportamientos en contra de la buena fe contractual, como los acá narrados en los hechos y declarados en las sentencias*».

(v) El *ad quem*, «*en su falta de comprensión del concepto "concurrencia" y la equivocada interpretación que hace del mismo, deja de aplicar las normas que deberían gobernar el caso y, en consecuencia, deja de declarar las consecuencias jurídicas indemnizatorias que corresponden a un acto evidentemente desleal como lo es el acto por medio se* (sic) *desvía la clientela de una empresa como consecuencia de un comportamiento contractual abusivo, lesivo y velado, que se enmarca dentro de una evidente alteración al principio de buena fe comercial*».

(vi) Adicionalmente, «*se tiene que bajo la norma nacional, si se demuestra que en un delito o culpa participan dos voluntades, se tiene que entre ellas nace y existe una solidaridad. En esa línea,* [el artículo 2344 del Código Civil] *subsume la hipótesis de un caso donde una desviación de clientela es creada, impulsada y aprovechada por un tercero con quien la víctima del daño no mantiene un contrato, y patrocinada e impulsada por la persona con quien la víctima del daño tenía una relación contractual, existiendo entre ellas una unidad en la responsabilidad por pluralidad de transgresores*».

CARGO TERCERO

Aduciendo la transgresión indirecta de los mismos preceptos, la actora denunció la comisión de «*errores de hecho en la apreciación probatoria, al momento de estudiar y juzgar la consecuencia indemnizatoria de los comportamientos de Inversiones Cuéllar Vallejo y de Terpel*». Para desarrollar su reproche, indicó:

(i) Si la corporación de segundo grado «*hubiese apreciado en su verdadero y real alcance las pruebas* (...) *habría llegado a una conclusión diferente, encontrando nexo causal entre los actos de competencia que encontró probados, y los perjuicios que se acreditaron en el dictamen pericial. Igualmente, habría encontrado demostrado que la terminación del contrato por parte de Terpel no fue la causa de los perjuicios, sino la estocada final de la conducta desleal de desviación de la clientela, iniciada con anterioridad, de la cual se desprenden los daños ocasionados a Lucol*».

(ii) El tribunal pretermitió la experticia que analizó «*la consecuencia que para la empresa trajo la desviación de su clientela por parte de las demandadas, y no los efectos de la terminación del contrato.*

Ello fue objeto de pronunciamiento expreso en el dictamen, el cual quedó en firme y no fue reprochado de manera alguna en la sentencia».

(iii) De haberse interpretado esa prueba técnica «*desde el punto de vista financiero, que es su naturaleza, el tribunal hubiera llegado a la conclusión de que estos perjuicios, sobre los que no se realizó reproche alguno, no pueden provenir de la terminación del contrato de distribución con Terpel* (...) [sino] *de la desviación y apropiación de la clientela por las demandadas, que era de donde Lucol generaba sus ingresos operacionales* (...). *Si Terpel simplemente hubiera terminado el contrato, pero las demandadas no hubieran incurrido en actos de competencia desleal declarados en la sentencia, Lucol hubiera podido suplir esa demanda con bienes sustitutos de los competidores de Terpel, abundantes en el mercado, y la empresa no hubiera fenecido*».

(iv) Con similar orientación, durante el juicio se recaudaron los testimonios de Orlando Rátiva, Tony Quintero, Juliana Cepeda, Henry Cepeda, Trinidad Rueda y William Andrés Botero Valencia, quienes en su relato dejaron en evidencia que «*lo que generó los perjuicios fue la desviación de la clientela, y que la terminación del contrato fue posterior a esta*», probanzas todas que fueron ignoradas por el tribunal.

(v) Esa corporación obvió varios documentos, que muestran que «*los perjuicios ocasionados a Lucol ocurrieron antes de la terminación del contrato por parte de Terpel*», así como la inspección judicial como prueba anticipada que se practicó sobre los libros de comercio de Inversiones Ingeoil S.A.S., en donde se aprecia que esta atendió a varios clientes de Inversiones Lucol S.A., en vigencia del contrato de distribución celebrado con la Organización Terpel S.A.

(vi) La contestación tardía de la demanda por parte de la Organización Terpel S.A., «*se debe entender como un indicio grave en su contra, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el tribunal no tuvo en cuenta que, de acuerdo con esa norma, se le debía dar dicho efecto probatorio a los hechos de la demanda*».

(vii) Por ese sendero, se colige que «*si el tribunal en la sentencia recurrida se hubiese detenido en el examen de la prueba en su real y verdadero alcance* (...), *se habría dado cuenta que los hechos ilícitos y antijurídicos que dan lugar al perjuicio fueron los actos desleales de desviación de la clientela en que incurrieron ambos demandados, cuya consecuencia jurídica, el daño, está debidamente acreditada en el dictamen, y que la terminación del contrato fue una de las consecuencias, pero no el hecho generador del daño*».

CONSIDERACIONES

1. Violación directa de la norma sustancial.

Si la censura se construye acusando la sentencia de trasgredir, en forma directa, una norma sustancial, el censor debe acreditar que, sin alterar la representación de los hechos que se formó el tribunal a partir del examen del material probatorio, el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia que puso fin a la segunda instancia.

En ese sentido, la fundamentación de la acusación ha de dirigirse a demostrar que el *ad quem* dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, aplicó otra que

no lo era, o que, eligiendo la pauta de derecho correcta, le atribuyó efectos distintos a los que de ella dimanan, o los restringió de tal manera que distorsionó los alcances ideados por el legislador. Expresado de otro modo, esta clase de agravio a la ley sustancial es completamente independiente de cualquier yerro en la valoración probatoria; además, su estructuración se presenta por tres vías, de contornos bien definidos: la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la norma de derecho sustancial.

Sobre este particular, la Corte ha apuntado que

> «(...) *la violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera* (...), *acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición* sustancial *a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace, y que, por lo mismo, cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta,* ***compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo, desde luego, de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del sentenciador****, cuestión esta que solo puede abordarse por la vía indirecta*» (CSJ SC9100-2014, 11 jun; reiterada en CSJ SC1819-2019, 28 may.).

2. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho.

La comisión de un yerro fáctico, de tal magnitud que comporte la infracción indirecta de una norma sustancial, presupone para su acreditación que, entre otras exigencias, se compruebe que la inferencia probatoria cuestionada es manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba; es decir, que el desacierto sea tan evidente y notorio que se advierta sin mayor esfuerzo ni raciocinio.

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del yerro «*en el sentido del fallo*» y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada. En esta precisa materia, la Sala ha explicado:

> «*El error de hecho* (...) *ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error "atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho" (G. J., t. LXXVIII, pág. 313). Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además,*

que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada (...).

Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, "cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio" del juez "está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio", lo que ocurre en aquellos casos en que él "está convicto de contraevidencia" (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es "de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso" (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01). Dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que "se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía" (G. J., T. CCXXXI, página 644)» (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. 2004-00649-01, reiterada en CSJ SC131-2018, 12 feb.).

Con similar orientación, se ha sostenido que,

«(...) *partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tornando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del*

sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado (...)» (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01).

3. Competencia desleal.

3.1. La competencia, entendida como la posibilidad de concurrir con libertad al mercado de bienes o servicios, con el objeto de satisfacer su demanda a través de la celebración de intercambios concertados con otras personas, es una condición necesaria para que la economía libre de mercado opere de forma eficiente, en beneficio de toda la sociedad. Ciertamente, el propósito común de «*alcanzar la posición más favorable en el sistema de cooperación social*»[2], impone a los empresarios el desafío continuo de proporcionar bienes o servicios con características y precios lo suficientemente atractivos como para que los consumidores los prefieran por sobre los demás que se encuentran en el mercado, generando con ello prosperidad para el conglomerado.

---

[2] «*En la naturaleza prevalecen conflictos de intereses irreconciliables. Los medios de subsistencia son escasos. La proliferación tiende a superar la subsistencia. Sólo las plantas y los animales más aptos sobreviven. El antagonismo entre un animal que muere de hambre y otro que le arrebata el alimento es implacable. La cooperación social bajo la división del trabajo elimina tales antagonismos. Sustituye la hostilidad por la asociación y la mutualidad. Los miembros de la sociedad están unidos en una empresa común. El término competencia, aplicado a las condiciones naturales, significa la rivalidad entre animales en búsqueda del imprescindible alimento. Podemos llamar a este fenómeno competencia biológica. La competencia biológica no debe confundirse con la competencia social, es decir,* ***el esfuerzo de los individuos por alcanzar la posición más favorable en el sistema de cooperación social. Como siempre habrá posiciones que los hombres valoren más que otras, la gente se esforzará por ellas y tratará de superar a los rivales. De ahí que no quepa imaginar tipo alguno de organización social dentro del cual no haya competencia***». (v. MISES, Ludwig. *La acción humana*. Unión Editorial, Madrid. 1980, p. 420-421).

Quien quiera ser competitivo en una economía libre, debe preocuparse por ofrecer a sus clientes –actuales o potenciales– el *mejor* producto o servicio posible, al *menor* precio posible, so pena de terminar cediendo terreno a sus rivales. Y ese esfuerzo continuado, se insiste, redunda en el bienestar común. De un lado, fomenta la reducción de los precios y, por lo mismo, hace acrecer la capacidad de consumo de las personas; y de otro, constituye el motor principal para la innovación empresarial, la búsqueda de métodos de producción más limpios, sostenibles y eficientes, y el desarrollo económico en general.

Cabe agregar que los incentivos para el desarrollo económico que crea el mecanismo de mercado, no es la única razón para proteger la competencia, sino que esta, *per se*, hace parte de las garantías propias del derecho a la libertad. Tal como lo expone Sen,

> «(...) *la capacidad del mecanismo de mercado para contribuir a conseguir un elevado crecimiento económico y el progreso económico en general, se ha reconocido ampliamente –y con razón– en la literatura contemporánea sobre el desarrollo.* ***Pero sería un error entender el papel del mecanismo de mercado solo como algo derivado****. Como señaló Adam Smith, la libertad para realizar intercambios y transacciones* ***constituye en sí misma una parte de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar*** *(...). La denegación de la oportunidad de realizar transacciones, por medio de controles arbitrarios,* ***puede ser en sí misma fuente de falta de libertad****. En este caso, se priva a los individuos de hacer algo que puede considerarse que –en ausencia de razones de peso en contra– tienen derecho a hacer. Esta cuestión no depende de la eficiencia*

del mecanismo de mercado, ni de un análisis general de las consecuencias de tener o no un sistema de mercado; ***depende simplemente de la importancia de la libertad para realizar intercambios y transacciones sin impedimentos ni obstáculos***»[3].

Estas razones justifican suficientemente que la competencia sea objeto de expresa consagración en la Carta Política colombiana, en términos que recientemente explicó la Corte Constitucional:

«*La libre competencia (...) "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"*[4].

De conformidad con la norma constitucional (artículo 333) y la jurisprudencia de esta Corte, el mercado es el escenario preferente de despliegue de los derechos y libertades económicas y de la libre competencia. De hecho la Corte señaló en la Sentencia C-228 de 2010, que "el núcleo esencial del derecho a la libre competencia

[3] SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad.* Ed. Planeta, Buenos Aires. 2000, p. 43
[4] «*Sentencia C-909 de 2012* (...)» (referencia propia del texto citado).

económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas".

En materia económica la Carta de 1991 adoptó (...) un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general"[5]*. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que "las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia"*[6]» (Corte Constitucional, sentencia C-032-2017).

3.2. Establecido como está que la competencia es un valor trascendente para nuestra sociedad, en tanto expresión del derecho fundamental a la libertad y requisito *sine qua non* del modelo de economía libre de mercado, resulta comprensible que el ordenamiento jurídico se preocupe de protegerla con esmero. Y una de esas formas de salvaguarda

[5] «*Sentencia C-830 de 2010* (...)» (referencia propia del texto citado).
[6] «*Banco de la República. Introducción al análisis económico. El caso colombiano. Banco de la República, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, página 41*» (referencia propia del texto citado).

es, precisamente, la consagración de acciones que previenen y reparan los actos competitivos *desleales*.

Aunque el mercado no sea un juego de suma cero, es posible conjeturar que, eventualmente, el éxito de un empresario, o la irrupción de productos o servicios novedosos, causarán pérdidas económicas en los competidores "menos hábiles" –con menor inventiva, capacidad de adaptación, etc.–; pero esas pérdidas no interesan al derecho, porque en la concurrencia honesta y leal no existe antijuridicidad alguna. Y, además, porque los negocios comportan un alea normal, que puede traducirse en pérdidas o disminuciones patrimoniales como consecuencia del desarrollo ordinario del objeto negocial.

El ordenamiento jurídico promueve y alienta la competencia, a condición de que esta observe ciertos estándares –tales como las «*sanas costumbres mercantiles*», el «*principio de la buena fe comercial*» o «*los usos honestos en materia industrial o comercial*»–, necesarios para asegurar los fines de realización de la libertad y desarrollo económico a los que se aludió previamente. En cambio, no auspicia formas concurrenciales que atenten contra esos propósitos, como lo serían –entre otros supuestos– la difusión de información falsa acerca de un producto rival, o el plagio de los signos distintivos de una marca ajena.

Si bien este tipo de actos pueden reportar utilidad a un empresario, no generan provecho para el conglomerado; por el contrario, desincentivan la adopción de conductas

honestas y de buena fe en el comercio, y distorsionan el proceso de formación del consentimiento de los consumidores. Por esa razón, resulta legítimo crear estímulos normativos para que las personas eviten incurrir en conductas *desleales*, y adapten su comportamiento competitivo en el mercado a las exigencias de lealtad, probidad y buena fe comercial que se requieren para que esa sana rivalidad genere prosperidad económica y social.

3.3. En un estadio inicial, la regulación de la competencia desleal en Colombia se encontraba compendiada en la Ley 155 de 1959. Allí se estableció la prohibición general de actuar en contravía de «*la buena fe comercial, y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas*» (artículo 10), y se tipificaron varias conductas como constitutivas de competencia desleal, advirtiendo luego que «*[t]odos los perjuicios que se causen a terceros* (...) *por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicio por la vía ordinaria*» (artículo 11).

Esa normativa fue modificada y complementada a través de la Ley 256 de 1999, actualmente vigente, en cuyo texto se incluyeron algunas precisiones, necesarias para armonizar el orden interno a las pautas del «*Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*» (del cual forma parte Colombia, desde el 3 de septiembre de 1996); además, se desarrollaron con detalle cuestiones como el ámbito de aplicación de las normas de competencia, los actos típicamente desleales, y las acciones y formas procesales para la defensa de la «*libre y leal competencia económica*».

3.3.1. En cuanto al ámbito de aplicación, la citada Ley 256 de 1996 establece que los remedios establecidos por el legislador frente a los actos de competencia calificados como desleales, proceden siempre que se «***realicen en el mercado y con fines concurrenciales***»; tengan –o estén llamados a tener– efectos principales en el «*mercado colombiano*», y hayan sido ejecutados por «*comerciantes* [o] *cualesquiera otros participantes en el mercado*».

En efecto, la Ley 256 de 1996, en sus artículos 2 y 4, establece como parámetros objetivos para su aplicación que la acción lesiva del convocado *(i)* se exteriorice en la esfera del mercado colombiano, *lato sensu*, esto es, en el espacio de libre interacción en el que se articula la oferta y demanda de bienes y servicios; y *(ii)* tenga por finalidad la competencia, lo cual se infiere del potencial de la conducta para permitir que el agente, o un tercero, conserve o acrezca su cuota del mercado.

En palabras del legislador, «*[l]a finalidad concurrencial del acto* ***se presume*** *cuando éste, por las circunstancias en que se realiza,* ***se revela objetivamente idóneo*** *para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero*», debiéndose precisar que en litigios como este no resulta imperioso esclarecer la intención del demandado (como lo sugeriría el uso del vocablo «*finalidad concurrencial*»), sino que esta se deduce a partir de una circunstancia objetiva conocida, consistente en la aptitud del comportamiento antijurídico para captar o mantener una clientela.

En lo que tiene que ver con el ámbito subjetivo, el artículo 3 *ejusdem* establece que las pautas de competencia desleal son aplicables a cualquier persona que participe en el mercado, con independencia de sus cualidades. Incluso, la norma en cita prescribe expresamente que «*[l]a aplicación de la Ley* ***no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo***», evidenciando que los ilícitos concurrenciales no quedan circunscritos a las interacciones entre competidores directos, sino que pueden extenderse a todas las conductas que vulneren o amenacen la libre y leal competencia, en tanto pilar esencial de la economía de mercado.

3.3.2. Con el propósito de establecer los linderos de la concurrencia lícita y honesta, la Ley 256 de 1996 se ocupó de recoger la descripción típica de varias conductas de competencia desleal, nominadas como actos de «*desviación de clientela*», «*desorganización*», «*confusión*», «*engaño*», «*descrédito*», «*imitación*», «*comparación*», «*explotación de la reputación ajena*», «*violación de secretos industriales o empresariales*», «*inducción a la ruptura contractual*», «*violación de normas*» y «*pactos desleales de exclusividad*» (artículos 8 a 19).

Asimismo, consagró una cláusula de prohibición general, a cuyo tenor «*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 2° del artículo 10 bis del Convenio de París, 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 esté encaminado a afectar o afecte la **libertad de decisión** del comprador o consumidor, o el **funcionamiento concurrencial** del mercado*»

Esta singular configuración –que, *mutatis mutandis*, se reproduce en las normas de competencia desleal española[7], argentina[8] y mexicana[9], entre otras–, busca extraer réditos de dos clases de reglas jurídicas distintas. De una parte, acude a la tipificación de faltas específicas, para facilitar que las personas que compiten en el mercado puedan representarse –por oposición– las características de aquello que el ordenamiento considera como competencia leal y honesta. Y de otra, se sirve de una fórmula más amplia, o abstracta, que dota al juez de herramientas interpretativas en caso de enfrentarse a un acto desleal que no hubiera sido previsto por el legislador.

Expresado de otro modo, los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996 integran un listado enunciativo de actos de competencia que, por una u otra vía, atentan contra la prohibición general del artículo 7 *ejusdem*. Pero ello no excluye la posibilidad de que, por otros caminos, se infrinjan las sanas costumbres mercantiles, el principio de la buena fe comercial, los usos honestos en materia industrial o comercial, o se afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado. De ahí que la doctrina suela referirse a la prohibición general

[7] Ley 3 de 1991, artículos 4 a 31.
[8] Decreto 274 de 2019, artículos 8 a 15.
[9] Ley de la propiedad industrial de 1994, artículo 213.

como una regla residual, que opera cuando un acto desleal no encuadra en los tipos especiales antedichos.

3.3.3. Cabe destacar que el legislador instituyó dos acciones judiciales de competencia: una «*declarativa y de condena*», que busca el resarcimiento de los perjuicios causados por el ilícito concurrencial, constituyéndose, por tanto, en una subespecie de la responsabilidad civil extracontractual; y otra «*preventiva o de prohibición*», que persigue la evitación de daños futuros.

A voces del artículo 21 de Ley 256 de 1996, la legitimación en la causa por activa de las referidas acciones corresponde a «*cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal*», y excepcionalmente a «*las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros*»; las asociaciones de consumidores, siempre que «*el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de [estos]*», o el Procurador General de la Nación, «*respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia*».

La legitimación por pasiva, a su turno, recae de forma genérica «*contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal*» (artículo 22), a menos que «*el acto de competencia desleal* [sea] *realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes*

contractuales», caso en el cual las acciones pertinentes deberán dirigirse contra su empleador, como una forma especial de responsabilidad vicaria.

La posibilidad de acudir a la jurisdicción «*prescrib[e] en dos años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres años contados a partir del momento de la realización del acto*». Esto equivale a decir que el plazo prescriptivo está atado a un criterio subjetivo (el conocimiento del sujeto pasivo del comportamiento desleal, respecto de «*la persona que realizó el acto*»), y a otro objetivo (la materialización del ilícito concurrencial), debiéndose optar por el que se consolide primero, de modo análogo a lo que ocurre con las acciones derivadas del contrato de seguro.

3.3.4. Varios de los aspectos formales que se sistematizaron en la ley sobre competencia desleal, fueron derogados recientemente por el Código General del Proceso. Lo atinente al trámite del juicio, la aptitud legal para conocerlo y el régimen probatorio, quedó subsumido en las reglas generales que prevé la Ley 1564 de 2012. A su turno, la «*diligencia preliminar de comprobación*» –que permitía «*pedir al juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hecho que puedan constituir actos de competencia desleal*»– fue eliminada, por considerarse que sus fines podían alcanzarse a través de los trámites de solicitud de pruebas y medidas cautelares extraprocesales, que consagra el estatuto procesal civil actual.

En materia de procedimiento, entonces, solo se mantuvo la regulación especial de las cautelas, conforme con la cual «*[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes. Las medidas* (...) *serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud* (...)».

4. Análisis de los cargos.

4.1. Estructura formal del argumento del tribunal.

Como se sugirió *supra*, la decisión adoptada en segunda instancia encontró soporte en tres premisas esenciales:

(i) La pérdida económica que reconoció el juez *a quo* en favor de la actora, corresponde realmente a la reparación de los perjuicios generados por la terminación anticipada del «*contrato de suministro para la distribución de lubricantes*» celebrado el 18 de septiembre de 2008[10].

(ii) La prematura extinción del referido convenio, que acaeció por voluntad de la Organización Terpel S.A., expresada en los términos acordados en la cláusula sexta del

[10] Las litigantes convinieron que el contrato tuviera una duración de dos años, prorrogables por períodos iguales, «*si ninguna de las partes da aviso por escrito a la otra de su voluntad de terminarlo, mínimo con sesenta (60) días calendario de anticipación al vencimiento*».

contrato de suministro[11], escapa al ámbito de la acción «*declarativa y de condena*» de competencia desleal.

(iii) Aunque las demandadas incurrieron en actos de competencia desleal por desviación de clientela, estos carecen de relación causal con los perjuicios que se relacionaron en el escrito inicial. De hecho, no se probó que esas conductas hubieran generado pérdida alguna.

En opinión del *ad quem*, entonces, los daños que Inversiones Lucol S.A. dijo haber sufrido no serían consecuencia de los actos de desviación de clientela que se encontraron acreditados en ambas instancias, a lo que agregó que la indemnización dispuesta por el juez *a quo*, en tanto forma de reparación de las secuelas de un acto negocial (la terminación *ad nutum*), solo podría ser objeto de escrutinio en el marco de un juicio de responsabilidad contractual, naturaleza que no cabe predicar de este trámite.

4.2. Desenfoque del cargo primero.

En la primera censura, la recurrente se dolió de que el *ad quem* hubiera pasado por alto «*las normas que establecen la responsabilidad y la solidaridad entre los causantes del daño*», cuya aplicación, en este caso concreto, conllevaría que «*los demandados son solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal, desviación de la clientela, que les son imputables*». Sin embargo, no se ve cómo esa

[11] A cuyo tenor: «*Terpel se reserva la facultad de dar por terminado anticipadamente el presente contrato dando aviso de ello al distribuidor con treinta (30) días calendario de anticipación sin que por ello haya lugar al pago de suma alguna o indemnización*» (f. 245, c. 1).

crítica pudiera confrontarse con el fundamento principal de la sentencia de segunda instancia, según el cual esos actos desleales no provocaron el perjuicio patrimonial cuyo resarcimiento se solicitó.

En otros términos, aun si se afirmara que las convocadas fueron coautoras de los ilícitos concurrenciales reconocidos en los fallos de primera y segunda instancia, la suerte de la demanda no cambiaría, pues el tribunal descartó esos actos de competencia desleal como el precursor de las pérdidas económicas alegadas por Inversiones Lucol S.A. Acorde con ello, queda evidenciado que la fundamentación del embate inicial no es apta para derruir el silogismo que confeccionó el tribunal, de manera que dicha censura no está llamada a abrirse paso.

Recuérdese que, al sustentar el recurso extraordinario de casación,

> «*el recurrente debe plantear una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que dicho litigante estima equivocadas, señalando asimismo las causas por las cuales ese pronunciamiento materia de impugnación resulta ser contrario a la ley. Y para que este requisito quede satisfecho del modo que es debido,* ***es indispensable que esa crítica guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar****, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta de que* ***si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no a los que***

constituyen el fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque *que conduce al fracaso del cargo correspondiente (sentencia 06 de 26 de marzo de 1999)" (Casación Civil, sentencia de 5 de abril de 2010, Exp. 50001-31-03-002-2001-04548-01)*» (CSJ SC, 20 sep. 2013, rad. 2007-00493-01).

Por ende, el cargo primero no prospera.

4.3. Falencias formales y falta de demostración del yerro denunciado en el cargo segundo.

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, el juez *a quo* declaró que las convocadas incurrieron en actos de competencia desleal, imponiéndoles la obligación de indemnizar a la convocante en cuantía de $369.835.675, cifra que correspondería a la diferencia entre las utilidades reportadas por Inversiones Lucol S.A. para el año 2008, y las que generó hasta el 18 de septiembre de 2010, «*fecha de terminación del contrato,* ***conforme lo estipulado realmente***».

La elección de este último hito temporal muestra que, al menos con el propósito de cuantificar el daño alegado, el fallador de primer grado supuso la vigencia del «*contrato de suministro para la distribución de lubricantes*» durante todo el lapso bienal pactado originalmente[12]; o, lo que es lo mismo, restó eficacia a la decisión unilateral de la Organización Terpel S.A. de dar por terminado ese negocio jurídico de forma antelada, a partir del 12 de octubre de 2009.

[12] Es decir, el período comprendido entre el 18 de septiembre de 2008 y la misma calenda del año 2010, conforme lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato de distribución.

En respuesta a las críticas que suscitó esa solución entre las demandadas, el tribunal buscó deslindar las pérdidas –potenciales– que emanarían de la prematura extinción del contrato de distribución de lubricantes, de aquellas que pudieron surgir de los actos desleales de las querelladas. Y, posteriormente, sostuvo que las primeras escapaban al propósito de la acción «*declarativa y de condena*» que prevé la Ley 256 de 1996, al paso que las segundas no habían sido demostradas, razones complementarias que frustraron la prosperidad del *petitum* de condena.

En la censura que se estudia, la querellante centró sus esfuerzos en cuestionar el segmento inicial de ese argumento[13], aseverando que la legislación nacional «*permite conocer bajo la acción de competencia desleal asuntos* ***atinentes a relaciones contractuales y extracontractuales*** *y deben ser indemnizados los perjuicios de ese actuar desleal. Claro que debe existir la necesidad de encontrar algo más allá que un incumplimiento contractual* (...) *y se requiere que ese comportamiento dañe la "buena fe concurrencial o comercial" inmersa en nuestro caso en la desviación de clientela. Bajo tal orden de ideas, el tribunal no contaba con mordaza para abstenerse de estudiar todos los perjuicios*».

De ese cuestionamiento pueden extraerse dos interpretaciones plausibles. De un lado, que existen actos de los contratantes que podrían ser calificados como ilícitos concurrenciales típicos, y de otro, que aun en el marco de un juicio de competencia desleal, puede ordenarse la

[13] Recuérdese que los razonamientos de raigambre probatoria no pueden combatirse a través de la causal primera de casación (artículo 344-2, Código General del Proceso). De ahí que lo atinente a la falta de prueba del perjuicio se haya abordado en un cargo independiente –el tercero–, fincado en la infracción indirecta de la norma sustancial.

indemnización de los perjuicios causados por un incumplimiento contractual, a condición de que esa inobservancia tenga efectos negativos en la libre y leal competencia económica.

Sin embargo, la Corte estima que –dadas las particularidades de esta controversia– ninguna de tales hermenéuticas conduce a la prosperidad del cargo segundo, dado lo siguiente:

(i) Es cierto que, en circunstancias excepcionales, una infracción negocial puede quedar subsumida en la descripción típica de un ilícito concurrencial, como ocurriría, a modo de ejemplo, si una parte divulga secretos industriales de otra, contraviniendo un acuerdo de confidencialidad. Y también resulta posible que, ante tal panorama, la víctima pueda servirse de los remedios contractuales, o, eventualmente, de las acciones de competencia desleal –sin que ello implique la posibilidad de acceder a una doble compensación[14]–, máxime si se tiene en cuenta que estas últimas proceden «*[s]in perjuicio* ***de otras formas*** *de protección*» y «*en beneficio* ***de todos los que participen en el mercado***»[15] (no únicamente de los estipulantes).

---

[14] Como lo explica Alessandri, «*el problema* [de la opción de responsabilidades] *no significa que el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal pueda acumular ambas responsabilidades y demandar una doble indemnización. No puede hacerlo; habría para él un enriquecimiento sin causa*» (ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ed. Imprenta Universitaria, Santiago. 1943, p. 80

[15] Artículo 1, Ley 256 de 1996: «*Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994*».

No obstante, la vía que se elija será determinante para establecer los linderos del debate judicial. Si el interesado escoge la contractual, tendrá que probar la existencia del pacto, su incumplimiento y el nexo de causalidad entre la infracción y el perjuicio, el cual deberá ser reparado atendiendo las reglas del derecho de contratos, entre ellas, las contempladas en los cánones 1568[16] y 1616[17] del Código Civil. En contraposición, si opta por acudir a las acciones de competencia desleal, el fundamento del *petitum* recaerá en el deber general de no dañar a otros, y tendrán que demostrarse tanto los hechos relevantes para adecuar el comportamiento del demandado a los ilícitos concurrenciales definidos en la ley, como el vínculo de causalidad entre esa conducta típica y la pérdida del actor, que deberá ser resarcida *in integrum*.

En consecuencia, el éxito del alegato de la recurrente pendería de demostrar que la terminación anticipada del contrato que dispuso la Organización Terpel S.A. trascendió la esfera de ese acuerdo bilateral de distribución para convertirse en un instrumento de desviación de clientela, único acto de competencia desleal que reconoció el juez de primer grado –sin reproche de la sociedad actora–. Y esta temática, además de no encontrar desarrollo en el cargo, parece estar más ligada a la realidad que emerge de las pruebas recaudadas, que a la aplicación indebida, falta de

---

[16] «*En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito*».

[17] « *no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*».

aplicación o interpretación errónea de normas sustanciales, objeto al que se restringe la causal primera de casación.

(ii) Cabe agregar que la carga argumentativa que extraña la Sala era imprescindible para esclarecer las líneas divisorias específicas entre la extinción del pacto de distribución y la ilicitud concurrencial, pues como lo advirtió acertadamente el tribunal, asimilar inexorablemente una y otra cosa podría vaciar de contenido al negocio jurídico y resultar contrario a la libertad económica y la sana competencia en el mercado, que son precisamente los bienes jurídicos que pretende tutelar la Ley 256 de 1996. Para arribar a esa conclusión, resulta pertinente insistir en que

> «(...) ***la perpetuidad no es normal en la ejecución de los contratos***; *al contrario,* ***resulta extraña e incompatible al concepto de obligación, y al orden público por suprimir la libertad contractual*** (...). *En ese sentido, se estima que el legislador o las partes, ceñidas a la ley, la ética, la corrección, y en fin, con apego a la buena fe, con observancia de la función, utilidad y relatividad de los contratos, y en ejercicio de la libertad contractual,* ***pueden disponer, además de otros aspectos, la terminación unilateral del vínculo negocial***.
>
> *Las razones por las cuales una de las partes recurre a la finalización unilateral del pacto son múltiples en el esquema de libertad contractual, las que no se reducen al incumplimiento, dado que puede ser consecuencia de la confianza perdida o de la intención de poner fin a relaciones indeseables o inconvenientes. De hecho, puede ser una manifestación del derecho al arrepentimiento, en sentido lato, de cara a la duración diferida o al tracto sucesivo del pacto, como lo entendió la Sala en SC, 14 dic.*

2001, rad. 6230, en la que explicó: "(...) no es posible perder de vista que la revocación también puede hundir sus raíces en múltiples motivos no necesaria o indefectiblemente ligados a la confianza, stricto sensu, o a la protección de la uberrima bona fides (...), ***pudiendo considerarse, bien como una garantía instituida en pro del consumidor y en beneficio de una sana, ortodoxa y transparente competencia, en cuanto que aquel puede legítimamente aprovecharse de las ventajas cualitativas y cuantitativas que ofrece el mercado*** (...); *ora como una expresión del derecho al arrepentimiento de cara al término de duración aún no transcurrido en los negocios jurídicos "fluyentes", de duración, de ejecución diferida o de tracto sucesivo* (...).

De ahí que para algunos doctrinantes, la revocación –o su equivalente en el Derecho nacional pertinente– deba entenderse como "una declaración de voluntad unilateral incausada"[18], *lo que pone de presente, en lo que a su génesis atañe,* ***que es altamente subjetiva, que ella "debe dejarse al arbitrio unilateral de cada uno de los contratantes" –ad nutum–*** (...), *sin que ello signifique, de ninguna manera, que el revocante escape al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (art. 95-1 C. Pol. y 830 C. de Co.), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí,* ***no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero arbitrio o a la simple volición***[19]*"* » (CSJ 4902-2019, 13 nov.)

---

[18] «*SPOTA, A.G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. T. III. Pág. 516*» (referencia propia del texto citado).

[19] «*Cfme: Isaac HALPERIN. Seguros. Depalma. Buenos Aires. 1983. Vol. 1. Pág. 368 y A. Faure Rochex y G. Courtieu. Le Droit du contract d'assurance terrestre. L.G.D.J. París. 1998. Pág. 171*» (referencia propia del texto citado).

Siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia, puede advertirse que la terminación lícita de un vínculo contractual de tracto sucesivo –en tanto contingencia propia de las dinámicas del mercado– no interesa, por regla general, al ordenamiento. Y aunque es innegable que, en casos como el que ahora se estudia, la extinción del acuerdo de distribución puede impactar negativamente las finanzas del distribuidor, también lo es que exigir que ese pacto conserve vigencia perennemente, sin mediar circunstancias que así lo impongan, con el único objetivo de proteger los intereses de dicho empresario, implicaría un grave sacrificio del bienestar común que proporciona la libre competencia y la economía de mercado.

(iii) Ahora bien, si el fenecimiento constituye una infracción contractual, por contravenir lo pactado entre las partes, o el postulado de la buena fe que consagran los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, el distribuidor está facultado para pedir la reparación judicial de los daños que le causó la inobservancia de su contraparte, que suelen tasarse estimando las utilidades netas del negocio, proyectadas hasta su fecha de terminación, o durante un lapso que hubiera sido razonable para el desmonte de la operación de distribución, si esta careciera de plazo de duración.

Pero este tipo de soluciones, que han sido aplicadas de manera consistente por la jurisprudencia[20], constituyen

[20] *Cfr.*, entre otras, CSJ SC5851-2014, 13 may.

típicos remedios contractuales, orientados a reparar las secuelas del incumplimiento del principal, que pone fin a la distribución de manera intempestiva, vulnerando los plazos de vigencia establecidos de mutuo acuerdo con el distribuidor, o pretermitiendo la exigencia –derivada del postulado de la buena fe– de otorgar un preaviso prudente, en tratándose de contratos de duración indefinida.

En consecuencia, al mismo desenlace no puede llegarse a través del ejercicio de acciones de responsabilidad extranegocial, porque ello terminaría suprimiendo el vínculo obligacional existente entre las partes, sin contar con que trasgrediría la regla de congruencia. Y eso, precisamente, fue lo que criticó el tribunal de la labor del juez *a quo*, quien, ante la ausencia de pruebas del daño causado por los ilícitos concurrenciales denunciados, optó por tasar el monto de la indemnización a cargo de las convocadas proyectando las utilidades de Inversiones Lucol S.A. por el lapso faltante para completar el plazo de duración del contrato que esta celebró con la Organización Terpel S.A., restando efectos, al menos tácitamente, a la extinción anticipada que esta última dispuso, con apoyo en una prerrogativa negocial.

Dicho de otro modo, la condena que se impuso en primera instancia no se orientó a reparar los daños causados por los actos de desviación de clientela de las demandadas, sino por la decisión del principal de finalizar el contrato de distribución a partir 12 de octubre de 2009 (esto es, con 11 meses y 6 días de anticipación respecto de la fecha pactada inicialmente –18 de septiembre de 2010–), perdiendo de vista

que esta temática debía ventilarse en otro tipo de proceso, máxime si se tiene en cuenta que la terminación se dio en ejercicio de una prerrogativa pactada en el acuerdo de distribución, cuya validez no fue –ni pudo ser– discutida en el escrito que dio origen a este proceso.

De lo expuesto se extrae que, si bien existen supuestos excepcionales en los que la víctima de un daño queda facultada para optar entre dirigir su reclamo indemnizatorio por vías negociales o extranegociales[21] –tal como lo alegó la casacionista–, ello no significa que una u otra vía sean idénticas, de modo que si se acude a la segunda, como aquí ocurrió, no podrán ventilarse temáticas propias del derecho de contratos –y viceversa–. Esto es tan evidente, que quedó sentado en la propia demanda de sustentación, al transcribir allí el aparte de un fallo proferido por la Audiencia Provincial de Madrid (Reino de España), que arriba a las mismas conclusiones indicadas previamente:

> «(...) *No es imposible ni infrecuente que cuando dos operadores económicos se encuentran vinculados por una relación contractual, se desarrollen por parte de alguno de ellos conductas que, situadas en zonas fronterizas a las materias contractualmente reguladas, resulten merecedoras de un reproche de deslealtad concurrencial. Pero creemos que esa frontera o línea divisoria es, al menos desde el punto de vista teórico, relativamente clara:* ***si la conducta inconveniente entra dentro de la órbita de las materias reguladas por el contrato, entonces puede afirmarse que el contrato constituye título apto para la***

[21] *Cfr.* BARROS, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Ed. Jurídica de Chile, Santiago. 2009, pp. 1055-1066.

> ***represión de aquella***; *si, por el contrario, esa conducta no resulta reconducible o susceptible de tratamiento jurídico a través de ninguna de las previsiones contractuales, ni siquiera mediante derivación interpretativa del contrato, y a la vez encaja en alguna tipicidad de la Ley de Competencia Desleal, entonces podrá hallar justificación el análisis de su eventual ilicitud concurrencial.* ***Bien entendido que cuando nos referimos a materias contractualmente reguladas estamos haciendo alusión a un concepto amplio de regulación donde se comprende tanto la literalidad del contrato como todas aquellas consecuencias que, por vía de integración hermenéutica y a través de los instrumentos que el propio legislador proporciona, dimanan del contrato***»[22].

(iv) Aunque lo anotado es suficiente para concluir que la segunda censura no se demostró, cabe reseñar la inobservancia de un requisito del recurso de casación en dicha acusación. Para evidenciarlo, es menester recordar que la terminación de un contrato de distribución (cualquiera que sea su causa), impone al distribuidor la carga de iniciar un arduo proceso de adaptación a las nuevas condiciones del mercado, bien sea ofertando a su clientela productos de otras marcas, o ya eligiendo aprovechar la experticia y la infraestructura construida a lo largo de los años en una nueva empresa.

En este caso, la demandante planteó a lo largo del litigio que las convocadas obstaculizaron y entorpecieron ese proceso adaptativo, a través de conductas calificadas como de desviación de clientela. Es decir, durante las instancias

[22] Sentencia de 27 de septiembre de 2017, transcrita por la recurrente a folio 21 de su demanda de sustentación (f. 50, c. Corte).

ordinarias, el planteamiento de Inversiones Lucol S.A. consistió en que algunos actos de las sociedades demandadas se constituyeron en una barrera infranqueable para que la actora continuara participando del mercado de la distribución de lubricantes, alegato que prescindía de fincar el daño en una infracción al contrato de suministro.

Nótese que en la relación de los actos encaminados a «*excluir definitivamente a Lucol del mercado de distribuidores de lubricantes de la marca Terpel y favorecer a Inversiones Cuéllar Vallejo S.A.S. en la zona sur de Bogotá*», incluida en el vigesimonoveno hecho de la demanda, nada se dijo acerca de la extinción anticipada de la que se viene hablando, y ese tema tampoco fue abordado en los reparos planteados contra el fallo de primer grado. La naturaleza "contractual" del reclamo vino a aparecer en el fallo del tribunal, cuando esa colegiatura consideró que el perjuicio tasado por el juez *a quo* «*corresponde[ría] al que deriva de una acción contractual por incumplimiento de obligaciones de distribución entre Terpel y Lucol*».

Tan ajena era al debate la temprana extinción del suministro, que en la sustentación de su recurso extraordinario, la propia querellante sostuvo que

> «*Si el tribunal hubiese apreciado en su verdadero y real alcance las pruebas* (...) *habría encontrado demostrado que* ***la terminación del contrato por parte de Terpel no fue la causa de los perjuicios****, sino la estocada final* ***de la conducta desleal de desviación de clientela****, iniciada con anterioridad,* ***de la cual se desprenden los daños ocasionados a Lucol***».

Y más adelante, reafirmó:

> «*No cabe duda que* (sic) *el origen directo y evidente de este perjuicio es precisamente la pérdida de los clientes* (...). *Los clientes de una empresa representan su flujo de caja, sus ingresos, por lo que la apropiación ilícita de los clientes genera un claro perjuicio, consistente en la apropiación de los ingresos y flujos de caja futuros* (...). ***Nada tiene que ver la terminación del contrato por parte de Terpel, ya que esto ocurrió antes de dicha terminación.*** *Además, si solo se hubiera terminado el contrato, pero no se hubiera desviado la clientela, Lucol hubiera podido conservar, al menos una buena parte de los clientes,* ***distribuyéndoles productos sustitutos de los de la marca Terpel, abundantes en el mercado*** (...). ***Si Terpel simplemente hubiera terminado el contrato, pero las demandadas no hubieran incurrido en los actos de competencia desleal declarados en la sentencia, Lucol hubiera podido suplir esa demanda con bienes sustitutos de los competidores de Terpel***».

Lo anterior implica que, salvo en el desarrollo del embate que se estudia, la demandante asignó a la terminación del contrato un rol meramente circunstancial (acorde con su decisión de prevalerse de las acciones de competencia desleal), que desplazaba el núcleo del debate a la desviación de la clientela, ilícito concurrencial tipificado en la ley nacional. Pero siendo ello así, como en verdad lo es, reclamar ahora una indemnización con fundamento en la alegada infracción del contrato de distribución constituiría un alegato sorpresivo, que no satisface las exigencias formales del remedio extraordinario. No se olvide que los argumentos que no fueron sometidos a consideración del

juez y de las demás partes a lo largo de la litis, constituye un "medio nuevo" en esta sede,

> «(...) *el cual, como con insistencia lo tienen definido la Sala, es "inadmisible en casación, toda vez que 'la sentencia del ad quem no puede enjuiciarse '****sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas****' (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que 'lo que no se alega en instancia, no existe en casación' (LXXXIII pág. 57)" (CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.° 6108).*
>
> *En tiempo más reciente se precisó que el recurso extraordinario de casación "no puede basarse ni erigirse exitosamente" en "elementos novedosos, porque él, 'cual lo expuso la Corte en sentencia de 30 mayo de 1996, expediente 4676, 'no es propici[o]* ***para repentizar con debates fácticos y probatorios de última hora****; semejante irrupción constituye medio nuevo y es entonces repulsado (...), sobre la base de considerarse, entre otras razones, que 'se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa.* ***Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio*** *(LXXXIII 2169, página 76)'" (CSJ, SC del*

9 de septiembre de 2010, Rad. n.° 2005-00103-01)» (CSJ SC18500-2017, 9 nov.).

Con similar orientación, recientemente se insistió en la necesidad de rechazar los

> «(…) ***asuntos ajenos a las instancias que son ondeados de forma novedosa para cuestionar la decisión recurrida*** *(SC, 16 jul. 1965, G. J. n.° 2278-2279, p. 106). Lo anterior, en salvaguardia de la finalidad excepcional del remedio extraordinario, que supone cuestionar la sentencia como thema decisum, sin que sea dable reabrir el debate de instancia o proponer lecturas novedosas de la controversia para buscar una decisión favorable. "Total que, según el transcrito numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el embiste debe ser preciso, en el sentido de dirigirse con acierto contra las bases de la sentencia de instancia,* ***sin que sea posible que se aleje de ellas para traer reflexiones de último minuto o aspectos que están por fuera de la discusión****" (negrilla fuera de texto, AC1014, 14 mar. 2018, rad. n.° 2005-00036-02). "Con esta prohibición también se tutelan los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con un replanteamiento de la plataforma fáctica que varíe la causa petendi, sin que tuvieran la oportunidad de controvertirlo y, menos aún, hacer pedidos probatorios para su desestimación.* ***Agréguese que, admitir argumentos nuevos en casación, hiere la lealtad procesal, en tanto se espera que en los grados jurisdiccionales se discutan las materias fácticas objeto de su ligio, sin que pueda aguardarse al final para izar tópicos con los que se pretende una resolución favorable****" (CSJ, SC1732 del 21 de mayo de 2019, rad. 2005-00539-01)*» (CSJ SC2779-2020, 10 ago.)

Por todo lo anterior, el cargo segundo no prospera.

4.4. Falta de demostración del error de hecho en la valoración de las pruebas (plausibilidad de la labor de apreciación probatoria del tribunal).

4.4.1. Es pertinente indicar, preliminarmente, que en desarrollo del cargo tercero la sociedad actora denunció la falta de valoración probatoria de varios testimonios y documentos que, en su opinión, demostrarían que las demandadas incurrieron en actos de desviación de clientela y que estos generaron el daño que fue calculado por el perito Germán Peña Ordóñez. Sin embargo, el tribunal no puso en duda la primera circunstancia, sino el nexo causal entre ese ilícito concurrencial –que se declaró probado– y los perjuicios cuantificados en la susodicha experticia.

De ahí que buena parte de las criticas compendiadas en la tercera censura resulten desenfocadas, porque no se dirigen concretamente contra los fundamentos del fallo de segunda instancia. En consideración a lo anterior, la Sala restringirá su análisis a establecer si, con base en las probanzas que se denunciaron como pretermitidas, la ausencia de ligamen causal sobre la cual edificó el *ad quem* su decisión parcialmente desestimatoria emerge como una conclusión caprichosa o contraevidente.

4.4.2. Hecha esta precisión, conviene recordar que Inversiones Lucol S.A. pidió en su demanda una indemnización de $14.000.000.000, habiendo dedicado el

hecho sexagésimo sexto de ese escrito a describir los distintos conceptos que estarían incluidos en aquel guarismo –aunque sin cuantificarlos separadamente–, así:

> «*A) DAÑO EMERGENTE: pérdida de propiedad, plantas y equipos, capital de trabajo invertido y no recuperado por haberse utilizado medios indebidos para competir en el mercado; cuentas por cobrar a sus clientes, representadas en la cartera que por dichas prácticas indebidas no fue posible recaudar; inventarios que no fue posible colocarlos en el mercado* (...); *costos a título de indemnizaciones por despido del personal cesante por imposibilidad de ejercer el objeto social* (...); *costos financieros por deudas vinculadas; gastos generales posteriores, inversiones realizadas a largo plazo* (...) [y] *pérdida del canal de distribución como el mayor activo propiedad de Lucol.*
>
> *B) LUCRO CESANTE PRESENTE Y FUTURO: utilidades dejadas de percibir liquidadas durante un período de 7,6 años, necesarios para el retorno de la inversión necesaria para el funcionamiento de una actividad mercantil de carácter exclusivo como la desarrollada por Lucol, teniendo como base la utilidad promedio de los últimos tres años, sin tener en cuenta el 2009, por tratarse como un año atípico en el ejercicio de Lucol*».

Con posterioridad, se recaudó el dictamen pericial previamente referido, en el que el economista Germán Peña Ordóñez intentó concretar esos conceptos en varios rubros, así: *(i)* $586.074.780, que corresponderían a los «*recursos por pérdida de clientes*», que habría provocado la decisión de la Organización Terpel S.A. de mermar la zona geográfica atendida por Inversiones Lucol S.A.; *(ii)* $1.087.776.416, monto (actualizado) por el que se ordenó seguir la ejecución

en el trámite de cobro que promovió la principal en contra de la distribuidora en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá; *(iii)* $1.245.415.574, a título de «*cartera no recuperable* (...) *debido a la forma de proceder de Terpel, que fomentó la pérdida de credibilidad ante los clientes ya que se les informó del cambio de distribuidor*»; *(iv)* $175.866.677, por «*inventarios no realizables*» de productos de la marca "Terpel"; *(v)* $15.000.000, que corresponden a los honorarios pagados al propio perito Peña Ordóñez; *(vi)* $1.640.685.353, que surgen de aplicar la tasa de interés del 6% EA sobre las cantidades relacionadas previamente, desde la fecha de su causación y hasta la de elaboración del dictamen (31 de enero de 2019); y *(vii)* $7.660.897.353, por la «*valoración de la empresa Inversiones Lucol S.A.*» hasta el año 2019.

4.4.3. Como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, al evaluar el reclamo resarcitorio de la convocante, el *ad quem* consideró que no existían pruebas que permitieran inferir que esas cuantiosas pérdidas habían sido ocasionadas por los actos de desviación de clientela que se reconocieron, y que habrían consistido en el aprovechamiento de información y el otorgamiento de ventajas competitivas a Inversiones Ingeoil S.A.S. (antes Inversiones Cuéllar Vallejo S.A.S.) por parte de la Organización Terpel S.A., con miras a facilitar la captación de los consumidores que solía atender la actora.

A juicio de la Sala, esa conclusión del *ad quem* luce plausible, pues los daños que cuantificó el experto Peña Ordóñez no parecen atribuibles a ningún acto de desviación

de clientela (menos aún al que aquí se declaró probado), y no existen otros elementos de juicio que permitan suplir ese vacío. En efecto, siguiendo el orden propuesto previamente (que replica el del trabajo pericial), se observa que:

(i) En cuanto a los «*recursos por pérdida de clientes*», el experto hace referencia a decisiones adoptadas de mutuo acuerdo en el marco del contrato de distribución, y que tuvieron lugar entre los años 2003 y 2005, las cuales carecen de connotación concurrencial, y que, en cualquier caso, habrían acaecido con más de tres años de antelación respecto de la fecha de presentación de la demanda, por lo que habría prescrito cualquier posibilidad de reclamo por la senda de la competencia desleal, tal como lo alegó oportunamente Inversiones Ingeoil S.A.

Adicionalmente, los documentos contables que reposan en el expediente muestran que las ventas anuales de la actora para el año 2006, es decir, el período posterior a la consolidación de la decisión de limitar la zona geográfica y los clientes potenciales que aquella atendería, crecieron en un 68,4%, y al año siguiente en un porcentaje similar (68,3%)[23], lo que sugeriría que, al concentrarse en atender áreas y clientes más específicos, el proceso de distribución se desarrolló con muchísima más eficiencia, en beneficio de la propia Inversiones Lucol S.A.

[23] F. 1191, cdno. 1.

(ii) El perito introdujo como pérdida resarcible el monto por el que se ordenó seguir la ejecución en contra de la ahora demandante, perdiendo de vista que el mismo argumento que aquí se utilizó para justificar esa inclusión, esto es, que el impago de esa obligación dineraria se dio por las «*maniobras desleales de Terpel*», debió haberse esgrimido como excepción en aquel trámite compulsivo. No se olvide que, acorde con el precedente de esta Corporación,

> «(...) *la preclusión opera en contra del ejecutado, "**impidiéndole invocar después en un proceso ordinario hechos que se hubieran podido alegar como tales excepciones en el trámite de la ejecución**; si así no fuera, el proceso ejecutivo como instrumento auxiliar para hacer efectivo el pago de las obligaciones perdería su razón de ser, amén de que quedaría al talante del ejecutado optar por acudir allí a oponerse al cobro judicial; o guardar silencio, cualquiera fuera el motivo que hubiera inspirado su omisión, y dejar para ir después a la vía ordinaria a exponer sus defensas, proceder éste que no solo atentaría contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal, sino que le otorgaría a la ejecución coactiva judicial un carácter meramente provisional, lo que, ni por asomo, permite la ley" (Sent. Cas. Civ. de 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 6771).*
>
> *Recientemente la Sala ratificó el citado criterio, **en punto de los efectos de cosa juzgada que produce la sentencia proferida en el proceso ejecutivo**, al decidir que a tal imperativo no puede "escapar el demandado con sólo dejar de proponer la excepción o haciéndolo de manera abstracta aludiendo a cualquier motivo enervante de la pretensión. El silencio del demandado sobre un medio de defensa que a su haber tenía contra el título ejecutivo, no (...) deja abierta la jurisdicción para que dicha excepción sea discutida mediante proceso ordinario, pues darle tal valor al*

mutismo del ejecutado (...) se erige en premio para la conducta omisa del demandado, la que podría afectar la lealtad procesal debida, a la par que colocaría en un ámbito bastante relativo la cosa juzgada. El tránsito de un negocio jurídico por el proceso de ejecución, en línea de principio, depura definitivamente la relación sustancial, porque nada justificaría que el deudor callara una excepción para luego poner en disputa el valor de la cosa juzgada y la seguridad jurídica que ella depara a las partes y a terceros", pues ***resulta "inaceptable que con posterioridad a la etapa de contradicción del título ejecutivo, puedan los deudores plantear un tema propio de las excepciones, recurriendo al proceso ordinario****, si es que tal defensa fue inédita en el procedimiento ejecutivo antecedente.* ***En últimas, si las partes celebraron un negocio jurídico que una de ellas adujo como fundamento de la ejecución, las irregularidades y vicios del acto deben alegarse dentro del proceso ejecutivo****" (Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2005, Exp. No. 1994-12835-02).*

La razón de los anteriores precedentes está justificada también en que la fase de conocimiento dentro del proceso ejecutivo, por su amplitud e importancia en la definición de las relaciones jurídicas, excluye el aplazamiento del debate sobre la validez y los efectos del título ejecutivo presentado por el acreedor, ***de modo que tales materias quedan en principio reservadas al juez de la ejecución***» (CSJ SC, 15 feb. 2007, rad. 1998-00339-01).

(iii) Para la Corte, «*la pérdida de credibilidad ante los clientes*» no parece ser una razón suficiente para calificar de irrecuperable la cartera de la actora, pues si bien es posible que aquellos cubran con mayor premura obligaciones dinerarias contraídas con sus "actuales" distribuidores, bien sea por el simple aprecio que puede surgir entre quienes hacen negocios, o ya por el temor de que las operaciones

futuras sufran retrasos, lo cierto es que cualquier acreedor tiene a su alcance la posibilidad de accionar judicialmente para obtener el recaudo de sus créditos insolutos.

A ello cabe añadir que no se probó, ni se alegó siquiera, que esas acciones judiciales se hubieran visto entorpecidas o truncadas por un acto de competencia desleal atribuible a la Organización Terpel S.A. o a Inversiones Ingeoil S.A.S. –y tampoco se ve cómo tal supuesto pudiera ser posible–, lo cual impide ligar causalmente la conducta de las aludidas demandadas con la falta de recaudo de las deudas comerciales en cabeza de Inversiones Lucol S.A.

(iv) En lo relacionado con los «*inventarios no realizables*» de productos de la marca "Terpel", a lo largo del proceso no se intentó explicar la razón que impedía a la demandante revender esas mercancías, bien a sus clientes usuales, o a cualquier otro consumidor potencial. Y ello era imprescindible, porque ni los actos de desviación de clientela que se reconocieron, ni la terminación de la relación de suministro existente con la Organización Terpel S.A., parecen constituirse en impedimento para que esa operación de reventa se llevara a cabo.

Ahora bien, en la demanda de casación se insistió en que «*ante la desviación y apropiación de la totalidad de sus clientes por las demandadas, Lucol no tenía a quien vender dichos bienes*», pero en realidad las pruebas no dan cuenta de la primera afirmación; y aun de suponerla, de ella tampoco se sigue que no

existieran otras personas que estuvieran dispuestas a adquirir lubricantes "Terpel" a precios de mercado.

(v) Sobre los honorarios del perito, la propia casacionista admitió que «*es evidente que los mismos corresponden a las costas del presente proceso*»; por consiguiente, como lo sentó el tribunal, tal importe no correspondería a un daño originado por los actos de desviación de clientela que se declararon en las sentencias de primera y segunda instancia, sino a un gasto procesal, que solo debería ser asumido por la demandada en caso de ser vencida en juicio, al cubrir la condigna condena en costas que se le impondría en tal eventualidad.

(vi) Habiéndose descartado todos los cálculos que propuso hasta ahora el perito, resulta inane detenerse en los réditos de mora que se liquidaron sobre ellos.

(vii) Por último, la procedencia de ordenar una indemnización equivalente al valor total de una sociedad comercial parece restringirse a supuestos excepcionalísimos, en los que quede suficientemente demostrado que el evento dañoso fue de tal magnitud que impedía sacar cualquier provecho al *know how* adquirido, al personal capacitado y entrenado, o al menos a los inventarios, planta y equipos, y demás activos que componen la unidad empresarial.

En este caso, nada de ello se acreditó. Es cierto que en ambas instancias se reconocieron algunos actos de desviación de clientela, pero el problema de sus alcances e

incidencia en la operación de distribución de Inversiones Lucol S.A. jamás fue esclarecido; de hecho, en la demanda no se identificaron los consumidores que habrían optado por contratar con Inversiones Ingeoil S.A.S. –debido a condiciones más favorables que les proporcionaba Organización Terpel S.A. en cuanto a precios, promociones, *merchandising*, etc.–, ni tampoco se hizo un mínimo esfuerzo por probar que esos clientes eran irrecuperables para un comerciante con 26 años de experiencia en el sector.

Al sustentar su demanda de casación, la actora intentó responder a esas cuestiones, argumentando que la experiencia, conocimientos y logística de Inversiones Lucol S.A. solo era valiosa para la distribución de productos de la marca "Terpel"; pero si ello fuera así, las pérdidas alegadas no derivarían de ningún acto de competencia desleal, sino de la extinción del vínculo contractual que le permitía participar en el mercado de esa mercancía en concreto. Por lo tanto, la procedencia de la reparación pendería de establecer si la terminación del contrato de distribución fue, o no, justificada, temática que –como ya se anotó– sería ajena a este litigio, porque no fue planteada en la demanda, y también porque riñe con la naturaleza aquiliana de la acción «*declarativa y de condena*» de competencia desleal.

Descartado así que la actividad de distribución de la convocante estuviera atada a una marca de lubricantes en concreto, emerge lógico pensar que, tras conocer con noventa días de preaviso de la terminación del contrato celebrado con la Organización Terpel S.A., Inversiones Lucol S.A. tendría

que haber iniciado su proceso de adaptación a las nuevas condiciones del mercado, intentando fidelizar a su clientela con otra marca de lubricantes –como se sugiere en el propio texto que recoge la impugnación extraordinaria– o emprendiendo otro proyecto comercial, en el que su *expertice* le otorgara ventajas.

Pero sobre este punto la orfandad probatoria es absoluta, debiéndose añadir que los estados financieros que se aportaron no arrojan mayores luces al respecto, pues reflejan la quiebra de Inversiones Lucol S.A., pero no explican las razones que la llevaron a esa situación, lo cual era imprescindible, porque al referido estado de insolvencia puede llegarse por múltiples vías, algunas atribuibles a factores endógenos, y otras a variables exógenas. Por ende, la relación causal que se extraña no puede deducirse simplemente de la merma en las ventas de la actora, como esta lo pretendió al sustentar su impugnación.

4.4.4. Contrario a lo que afirmó la demandante, el tribunal nunca sostuvo que la experticia previamente analizada hubiera incurrido en errores al realizar las operaciones financieras de indexación de valores, liquidación de intereses simples y cálculo de la «*prima de mercado*», sino que puso en evidencia que el perito economista fijó su atención en algunas pérdidas –las señaladas por la actora– cuyo vínculo con la conducta de las demandadas se quedó en el campo de lo hipotético.

Por supuesto que el propio dictamen no puede suplir ese vacío, como tampoco lo hacen los testimonios y documentos mencionados en la sustentación del cargo tercero, que nada dicen sobre el punto. Y siendo así, queda descartado el yerro de juzgamiento que se alegó, comoquiera que las evidencias que se relacionaron en desarrollo de esa censura no logran contraponerse al raciocinio del tribunal. Por ello, el tercer cargo no prospera.

4.5. Conclusiones.

Además de algunas falencias formales, los cargos que se conjuntaron (primero, segundo y tercero) no lograron demostrar los yerros de juzgamiento que fueron denunciados. Por el contrario, quedó evidenciado que *(i)* la decisión adoptada por el tribunal armoniza con las pautas sustanciales que gobiernan este litigio, y *(ii)* la valoración que dicha corporación hiciera de las pruebas recaudadas, resulta coherente y razonable.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 2 de diciembre de 2019, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió Inversiones Lucol S.A. contra la Organización Terpel S.A. e Inversiones Ingeoil S.A.S.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandante al pago de las costas procesales de esta actuación. En la liquidación respectiva, inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma de seis millones de pesos ($6.000.000).

TERCERO. Remítase la foliatura a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA