

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

Magistrado Ponente

**SC3781-2021**

**Radicación n° 11001-31-99-001-2014-09788-01**

(Aprobado en Sala virtual de once de marzo dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., primero (1º) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación elevado por Impulso y Mercadeo S.A., respecto de la sentencia de 12 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por la recurrente contra Cencosud Colombia S.A.

## **1. ANTECEDENTES**

1.1. ***Petitum***. Declarar a la convocada incurso en actos de competencia desleal: Obstaculización del mercado, explotación de la reputación ajena, limitación empresarial e inducción a la ruptura contractual; y, como consecuencia, condenar al pago de los perjuicios irrogados.

1.2. **Causa petendi**. En 1998, Impulso y Mercadeo S.A. y Carrefour S.A., hoy Cencosud Colombia S.A., celebraron un contrato de suministro por término indefinido. Su objeto consistió en prestar asistencia logística integral y surtir góndolas en las tiendas y supermercados de la demandada a nivel nacional. Comprendía trasladar, organizar, acomodar y exhibir las mercancías que comercializaba.

El precio del convenio lo facturaba la pretensora cada mes a “*todos los proveedores*” de la convocada de acuerdo con las horas personas suministradas. Esta última, por su parte, pagaba a aquella lo “*facturado mensualmente*”.

En reunión celebrada el 11 de diciembre de 2012, la interpelada solicitó a la accionante disminuir el 5% del precio del contrato para 2013. Adujo que asumiría el “*servicio de la operación logística integral*”.

El 8 de enero de 2013, informó que manejaría directamente la operación. Esto lo ratificó el 8 de febrero, vía correo electrónico. El plan piloto lo implementó el 4 de marzo, en seis de sus tiendas. Y el 1º de junio, generalizó la estrategia y puso fin a la relación comercial.

La demandada, para asumir los servicios, invitó, convocó y contrató a 697 empleados de la precursora con

vínculo laboral vigente; previamente, les ofreció la posibilidad de participar en el proceso de selección.

En forma paralela, las partes estaban unidas por otro convenio similar, respecto de un área de los almacenes denominada “*Bazar*”. Sin motivo alguno, sorpresiva y unilateralmente, en diciembre de 2013, la pasiva terminó el contrato. A su vez, vinculó 33 empleados de la actora.

Cencosud Colombia S.A., en definitiva, se “*benefició y aprovechó*” de la capacitación, entrenamiento y experiencia del personal de Impulso y Mercadeo S.A., previamente reclutado, seleccionado y formado. Además, alteró su organización empresarial.

1.3. **Contestación de la demanda.** La accionada resistió las súplicas. Negó participar en el mercado de abastecer góndolas en tiendas de cadena; solo pretendió surtir estanterías en sus negocios, añadió, esa fue la razón para terminar el contrato y así lo hizo saber a la contratista.

1.4. **Fallo de primer grado.** El 25 de noviembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio:

1.4.1. Negó los actos de imitación y explotación de la reputación ajena. La interpelada, dijo, se limitó a retomar su propia operación logística; y, no había prueba de la solvencia industrial, comercial y profesional de la actora.

1.4.2. Declaró la inducción de la convocada a romper contratos laborales, pues se hizo a 697 trabajadores de la demandante; fuera de ello, expandió el sector de la economía, en tanto, asumió una operación que no tenía y comenzó a prestar los mismos servicios que antes recibía.

Condenó a la interpelada, por tanto, a pagar a la convocante los gastos en que había incurrido para capacitar al personal, los cuales tasó en la suma de \$119.630.224.

1.5. **Sentencia de segundo grado.** Revocó la condena parcial y desestimó todas las pretensiones por vía de apelación de ambas partes. Para el Tribunal:

1.5.1. Los hechos imputados a Cencosud Colombia S.A. no podían subsumirse como actos de competencia desleal con fines concurrenciales. Según el artículo 2º y 7º de la Ley 256 de 1996, las conductas debían resultar idóneas para mantener o incrementar la participación en el mercado en favor de quien las realizó o de un tercero.

La terminación del convenio de suministro y la contratación de trabajadores vinculados a Impulso y Mercado S.A., carecían de ese propósito. Su finalidad no era irrumpir o posicionar el comercio a través de la prestación de los mismos servicios operacionales involucrados, tampoco disputar la clientela adquirida.

Conforme a las pruebas, todo obedeció a una estrategia para atenuar costos, sin repercusión en los usuarios de las tiendas o supermercados. Empero, no se probó cómo la acomodación de góndolas por una u otra empresa incidió en los compradores de la demandada. La actividad de la pretensora, por el contrario, se dirigía a la contratante, a la sazón, su único cliente, y no a terceros.

En adición, los objetos sociales desarrollados por cada sociedad eran sustancialmente diferentes. La demandante se aplicaba a ofertar todo tipo de servicios de publicidad y mercadeo. Y la convocada, a la compra, importación, exportación, adquisición, venta y comercialización de productos de consumo masivo.

1.5.2. Frente a lo discurrido, la vinculación de personal efectuada por la interpelada, sencillamente, tuvo por objeto satisfacer una necesidad suya. Nunca mantener o incrementar su participación en el mercado en perjuicio de la actividad que desarrollaba la demandante.

1.6. **Demanda de casación.** La accionante recurrente formuló seis acusaciones. En las dos iniciales, denuncia vicios adjetivos y, en las otras, errores de juzgamiento. Sustanciadas bajo la égida del Código General del Proceso, se aúnan para su estudio; en un grupo, los yerros de actividad y, en otro, los enarbolados por la vía indirecta.

## **2. CARGO PRIMERO Y SEGUNDO**

2.1. Tienen en común idéntica argumentación, aunque encauzados por caminos distintos.

2.2. Para la censura, el Tribunal desbordó su competencia funcional. En la apelación no se combatió la conclusión del juzgador de primer grado, según la cual, en el proceso se hallaba satisfecho el fin concurrencial. El superior, sin embargo, *motu proprio*, abordó dicha temática.

2.2.1. Por lo anterior, en el cargo primero, la recurrente alegó incongruencia del fallo impugnado. Dice que no concordaba con la pretensión impugnaticia.

2.2.2. En el segundo, la casacionista sostuvo que la sentencia confutada se hallaba afectada de nulidad procesal. Atinente con el fin concurrencial, señaló que el *ad-quem* carecía de competencia funcional para abordarlo.

2.3. Solicita, en consecuencia, declarar estructuradas las fallas procesales y proceder de conformidad.

## **4. CONSIDERACIONES**

4.1. El despacho conjunto de los cargos se justifica dada la identidad argumental. Esto implica consideraciones comunes. En particular, las diferencias formales entre la incongruencia objetiva (atinente a las pretensiones) y fáctica (concerniente a los hechos), y la competencia funcional.

4.2. El Código General del Proceso, en el artículo 281, gobierna la consonancia; literalmente, se trata de la misma regla que contemplaba el artículo 305 del derogado Código de Procedimiento Civil. Y la competencia funcional, en el artículo 328, con algunos matices, es la misma limitación que preveía el artículo 357 de la ley procesal derogada.

4.2.1. Establecen los preceptos, con relación a la congruencia, la sentencia debe guardar correspondencia *“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”*.

Con la competencia funcional, el *“juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*. Sin embargo, *“cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”*.

4.2.2. El contraste de las normas correlaciona su campo de acción con los fallos de instancia y los actos procesales de las partes. La congruencia, con los hechos y pretensiones, y las excepciones de mérito, en general, a partir de la demanda y su contestación. La competencia funcional, únicamente, con el memorial de apelación.

Si bien una y otra directriz restringe el poder decisorio de los juzgadores de grado, sus consecuencias son distintas. El desbordamiento de la función invalida total o parcialmente la sentencia. La incongruencia, en cambio, no afecta su validez. Implicado con las pretensiones, lo cual supone un fallo estimatorio, solo tiene por mira ajustar o reducir excesos, o completar defectos (extra, ultra o mínima *petita*). Y con los hechos, erradicar no solo los inventados o imaginados por el juzgador para suplantar los realmente expuestos, sino también los efectos jurídicos derivados.

Aunque resolver al margen de los contornos del debate o sin atribución funcional es inconsonante, en lo conceptual, son materias autónomas e independientes. Cada institución cuenta con regulación propia. Además, difieren en los materiales de comparación. De ahí que una no puede estructurar la otra ni viceversa.

Asociado con la construcción de un fallo judicial, la caracterización de cada vicio de procedimiento ha sido resaltada por la jurisprudencia. La Corte, frente a la falta de

competencia funcional, a la prohibición de agraviar al único apelante y a la incongruencia, lo ha puntualizado:

*“Si bien cada una de esas causales de casación tienen en común controlar el poder de quienes se encuentran investidos de jurisdicción, lo cierto es que poseen identidad propia. De ahí que unos mismos hechos no pueden subsumirse, a la vez, en las distintas hipótesis normativas que se han instituido para evitar que haya extralimitación de funciones.*

*“(…) la competencia funcional, concebida no sólo en consideración a la distribución vertical de la misma, sino también en relación con la especialidad jurisdiccional para conocer de un caso particular, no puede confundirse con la materialización de una cualquiera de esas atribuciones, porque una cosa es que, según sea el caso, el juez se encuentre legalmente facultado para resolver un recurso de apelación o una pretensión determinada, y otra, distinta, que en cumplimiento de ese laborío, desborde los límites de su competencia, pues para hablar de esto último, necesariamente se debe estar investido de lo primero.*

*“Por esto, la competencia funcional (…) tiene como factor de parangón la misma ley. En cambio, salvo las declaraciones o condenas oficiosas, la armonía o desarmonía de las pretensiones se establece cotejando lo pedido en la demanda con lo decidido en la sentencia (...); al paso que la prohibición de la reforma en perjuicio, tiene como elementos de contraste, en general, las sentencias de instancia y el contenido del recurso de apelación”<sup>1</sup>.*

Como se observa, la extralimitación de los poderes del juez de segunda instancia de manera alguna se subsume en la causal de incongruencia prevista, antes, en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Civil, ahora, en el canon 336-3 del Código General del Proceso. El vicio, por el contrario, encuentra regulación autónoma en el numeral 5° de cada una de tales disposiciones.

<sup>1</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 2011, expediente 01489. Citada en fallo de 27 de julio de 2017, expediente 00363.

4.2.3. La acusación alude en la cuestión, a la sentencia de revisión de 13 de abril de 2016, radicado 02126, adoptada por mayoría, para apalancar la senda escogida, alusiva a las vías para atacar extraordinariamente las disonancias entre los contornos del litigio (incongruencia) y los del recurso de apelación (falta de competencia funcional).

En esa ocasión, es cierto, se habló de la «*causal segunda de casación*». Asentó que para el “*ataque de ambos tipos de errores en la sentencia de segunda instancia, la ley procesal tiene reservado el recurso extraordinario de casación, toda vez que atañen al fondo de la decisión, sin que tengan ninguna relación con las nulidades procesales*”. No obstante, precisase como en otras oportunidades lo ha dicho la Corte, lo atinente al “*fondo de la decisión*”, suficientemente es conocido, alude al juzgamiento del caso, no a vicios de actividad, como la inconsonancia.

4.2.4. Conforme a lo discurrido, el cargo de incongruencia, fundado en la ausencia de competencia funcional del Tribunal, está llamado a su rotundo fracaso. La recurrente, para demostrarlo, echa mano del contenido de la apelación y no de los actos procesales habilitados para introducir pretensiones, hechos y excepciones de mérito.

4.3. Todo se reduce, entonces, a verificar si, por esas mismas circunstancias, el fallo de segundo grado se encuentra afectado de nulidad procesal.

4.3.1. La facultad para resolver una alzada es reglada, de modo tal, que tratándose de único recurrente el juez solo está llamado a considerar las cuestiones que, siéndole adversas, ha impugnado y, no puede agravar su situación; empero, exceptivamente, el apelante puede soportar o sufrir decisiones en contra. Puede acaecer, cuando, en forma expresa, las excluye de la apelación; ora de manera implícita, al guardar silencio; o cuando la ley oficiosamente las impone, por disposición legal en temas de orden público, del todo imperativos, como en la oficiosidad impuesta por ley. Ello se relaciona con el principio de la personalidad e individualidad del recurso.

Ese ha sido el pensamiento de la Corte. El *“juez de la apelación no puede (...) enmendar la providencia en lo que expresamente la propia parte perjudicada no involucró como ‘objeto del recurso’, así la sentencia haya sido apelada también por la otra parte”*<sup>2</sup>.

La competencia en la apelación del único recurrente, como se observa, encuentra límite en la conducta del agraviado y en la ley imperativa. Si acepta las decisiones adversas, expresa o tácitamente, su voluntad, en principio, debe respetarse.

---

<sup>2</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 22 de abril de 2016, expediente 00177. Reiterando fallos de 4 de diciembre de 2009, radicación 00103, y de 1° de agosto de 2014, expediente 01034.

Lo dicho, salvo las resoluciones accidentales, cuya vida depende o es conexas con otros pronunciamientos. Tiene lugar cuando la reforma impone *“hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”*. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, lo consagraba. La prerrogativa también aparece reiterada en el canon 328 del Código General del Proceso.

4.3.2. En la hipótesis de apelaciones de ambas partes, los mismos preceptos, indistintamente de si son principales o adhesivas, habilitan al juez de segunda instancia para resolver *“sin limitaciones”*. Sin embargo, la libertad se encuentra referida únicamente a los puntos de *“toda la sentencia”* sobre los cuales los alzados coinciden en formular reparos. No involucra, por tanto, lo que es pacífico para los contendientes.

La Sala lo tiene sentado. *“[P]uede ocurrir, como en este caso, que así hayan impugnado todas las partes de la contienda, el juez ad-quem igualmente se encuentre maniatado por la voluntad expresamente manifestada por los recurrentes, de tal suerte, la alzada no se habilita en términos absolutos frente a todo lo discutido en el litigio”*<sup>3</sup>.

En un caso reciente donde *“[a]mbas partes interpusieron apelación”* contra una sentencia estimatoria parcial, esta Corporación, *mutatis mutandis*, refirió la cuestión. Aludiendo al monto de ciertos perjuicios, señaló:

---

<sup>3</sup> Cfr. CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre de 2016, expediente 00111.

*“En últimas, se trata de una decisión favorable al extremo demandante. Lo adverso estaría en el resto de lo pretendido. Si aquello no podía ser apelado, como no lo fue, en ese específico aspecto no hay impugnación bilateral. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ahora el canon 328 del Código General del Proceso, exige para obrar sin límites en el ámbito de la competencia funcional que el asunto en cuestión haya sido confutado por ambas partes, bien en forma principal, ya adhesivamente”<sup>4</sup>.*

Lo discurrido significa que solo en los temas confutados recíprocamente por los litigantes, el superior está llamado a actuar sin cortapisas, salvo disposiciones legales. Si apuntan a decisiones o direcciones distintas, la impugnación no sería de ambas partes, sino propia del respectivo recurrente.

4.3.3. En el fallo apelado, la Superintendencia de Industria y Comercio dejó acreditada la inducción a la ruptura contractual y lo relacionado alrededor. Por esto, condenó a la demandada, Cencosud Colombia S.A., a pagar los perjuicios causados con ese comportamiento.

Las demás pretensiones las negó. Los hechos de la desorganización administrativa no los encontró probados. Relativo a los actos de imitación, halló que la convocada se limitó a tomar su propia operación logística y ello era permitido. La explotación de la reputación de Impulso y Mercadeo S.A., dijo que había ausencia de prueba sobre su acreditación industrial, comercial o profesional.

4.3.2.1. El compendio pone de presente que ambas partes resultaron airosas en primera instancia. De ahí que el

---

<sup>4</sup> CSJ. Civil. Cfr. Sentencia de 18 de diciembre de 2020, expediente 00057.

recurso de apelación de la demandada no podía ser recíproco con el de la actora respecto de las pretensiones negadas. En ese campo, sencillamente, era propio de esta última. Se trataba de una decisión que favorecía a aquella.

La única posibilidad de cruzarse las partes en la alzada se entroncaba con el segmento estimatorio del fallo. La demandada, directamente perjudicada, en orden a infirmar la conducta que se subsumió como inducción al rompimiento contractual. La convocante, en aras de agravar, sobre ese específico punto, la situación espetada contra la interpelada.

En cualquiera de esas eventualidades, el Tribunal no pudo desbordar la competencia funcional. Si la apelación era únicamente de la accionada, la facultad para resolver se encontraba habilitada. Y si era recíproca, con mayor razón, en tanto, en la estricta materia, era ilimitada.

4.3.2.2. La pasiva, en todo caso, sí refutó la decisión adversa. Aceptó vincular en su nómina a trabajadores de la actora. Empero, negó la adecuación del hecho en las hipótesis de competencia desleal. Alegó y explicó que no se trataba de una *“inducción anormal”* al rompimiento contractual. Protestó, además, el valor de la condena por fundarla el perito en un documento *“prefabricado”*.

Frente a lo anterior, no es cierto que haya quedado fuera de la apelación la conclusión del juzgador de primer grado, según la cual, *“material y probatoriamente el fin*

*concurrential*” estaba probado. Si la demandada negó la inducción a la ruptura contractual como desleal, en su sentir, por no ser “*anormal*”, el sustrato también abrazaba ese fin concurrential. La existencia de aquello, por supuesto, era lo que habilitaba considerar esto último.

4.3.2.3. La actora también discurrió alrededor. Señaló que la sustracción de empleados era suficiente para conceder todas las súplicas y condenas pedidas. Por esto, imputó al *a-quo* error al desconocer la conducta desleal y reprochable con fines concurrentiales. En su sentir, la causa adecuada para producir todos los daños reclamados.

4.4. Los errores de procedimiento, por tanto, no se encuentran estructurados.

## **5. CARGO TERCERO**

5.1. Denuncia la violación directa de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil; 2, 3, 5, 9, 14, 15 y 17 de la Ley 256 de 1996; y 16 de la Ley 446 de 1998.

5.2. Según la recurrente, el Tribunal transgredió la normatividad desde varios frentes.

5.2.1. Relacionado con el fin concurrential, adicionó un elemento subjetivo: El actuar intencional del agente infractor. Solo bastaba, dijo, observar si la conducta realizada era idónea para participar o incrementar el

mercado. De ahí, ninguna incidencia tenía los propósitos para los cuales fueron sustraídos los 697 trabajadores.

5.2.2. Exigió identidad de objeto social entre agente infractor y agraviado. Las conductas desleales con fines concurrenciales, al contrario, también solían ocurrir entre sujetos que ofrecieran bienes y servicios diferentes. Inclusive, al margen de los clientes que cada cual tuviera.

5.2.3. No aplicó, derivado de los errores anteriores, varios preceptos. Los asociados con los actos de desorganización, imitación, explotación de la reputación ajena e inducción a la ruptura contractual. Y los atinentes al daño, independiente de si la conducta se realizó en dirección de obtener un resultado.

5.3. Solicita, la recurrente, casar el fallo impugnado y obrar consecuentemente.

## **6. CONSIDERACIONES**

6.1. La libertad de empresa y la iniciativa privada son derechos económicos reconocidos en el artículo 333 de la Constitución Política. Su ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común. Y la libre competencia, como derecho de todos, supone responsabilidades.

Cualquier persona se encuentra facultada para organizar una actividad económica y producir bienes y

servicios con el objeto de obtener utilidades. Igualmente, la posibilidad de conquistar un mercado ajustado a un marco normativo y en igualdad de condiciones.

El mercado, entonces, es el escenario propicio dentro del cual se desarrollan los derechos económicos y la libre competencia. Tiene un contenido bifronte. Por una parte, involucra a consumidores, quienes pueden adquirir los bienes y servicios a aquellos que ofrezcan mejores beneficios. Por otra, a empresarios, ante la multiplicidad y pluralidad de oferentes en términos de precios y calidad.

Frente a los agentes y objetos involucrados, la cadena de producción y consumo de bienes y servicios, como expresión del derecho a libre competencia, encuentra limitaciones. Según la jurisprudencia constitucional:

*“[E]l Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”<sup>5</sup>.*

Las Leyes 155 de 1959, 1340 de 2009 y 256 de 1996, precisamente, gobiernan las excepciones y limitaciones. La primera, regula las prácticas comerciales restrictivas. La segunda, dirigida a proteger la libre competencia, actualizó la normatividad existente *“para adecuarla a las condiciones*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 13 de junio de 2001, consideración 42.

*actuales del mercado*" (artículo 1º). Y la última, introdujo preceptos atinentes a la competencia desleal.

La competencia desleal ha sido preocupación de la comunidad internacional, por ello ha implementado convenciones, acuerdos y tratados multilaterales para liberalizar y proteger el comercio en lo nacional e internacional que, van desde los de comercio de bienes plasmados en el GATT, pasando a la OMC, Organización Mundial de Comercio, fijando pautas en servicios e inclusive en propiedad intelectual y creando un órgano de solución de controversias sobre la materia<sup>6</sup>.

La importancia del Acuerdo estriba en la búsqueda de la disciplina comercial, en la utilización de medidas antidumping, normas de transparencia, garantías y regulación en las prácticas comerciales desleales. Sin embargo, reconoce que existen una serie de prácticas que distorsionan el equilibrio del mercado, identificadas como conductas para la protección del comercio.

Por consiguiente, la competencia desleal es el conjunto de actos ilícitos, irregulares o prohibidos, contrarios a la buena fe comercial, que al adulterar el ciclo económico en la

---

<sup>6</sup> Por Ley 170 de 1994 "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril del mismo año, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino". Colombia es parte de esa organización. Su control constitucional se realizó por la Sentencia C-137 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, de la Corte Constitucional.

producción, distribución, cambio y consumo, atentan contra el buen desenvolvimiento de la vida económica y empresarial, mediante actos de la más variada estirpe: confusión, reproducción, imitación, engaño, artificio, maledicencia, descrédito, acuerdos anticompetitivos, prestaciones indebidas, violentamiento de secretos, aprovechamiento indebido de reputación ajena. En consecuencia, las normas que la regulan constituyen un derecho ordenador del mercado en procura de relaciones transparentes, leales, equilibradas y éticas en contra de las prácticas comerciales que adulteran usos y costumbres comerciales o que se ejecutan con engaño o fraude causando perjuicios a terceros, a la comunidad o a los consumidores o a los demás comerciantes o empresarios.

Algunas de las sentencias de esta Sala que abordan la cuestión las hallamos en las de 26 de julio de 1996, 9 de junio de 1998, 15 de junio de 2000, 11 de junio de 2001, 9 de abril de 2002, 19 de diciembre de 2005; además, la del 12 de septiembre de 1995, en pos de prevenir las prácticas de competencia desleal, complementando otra del 10 de julio de 1986<sup>7</sup>. Más recientemente, se halla la sentencia del 13 de noviembre de 2013, expediente 02015.

---

<sup>7</sup> CSJ. Sala Plena. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio. Mag. Pon.: Dr. Hernando Gómez Otálora. Aprobada por Acta 47 de julio 10 de 1986, inicialmente, luego hallamos: CSJ. Sala Casación Civil. Mag. Pon. Dr. Nicolas Bechara Simancas. Frisby Ltda. Vs. Alimentos Nacionales Pinki S.A. Expediente No. 3939. 12 de septiembre de 1.995.

6.2. El ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996, lo determina, en su orden, el mercado y los sujetos participantes.

El artículo 1º, en efecto, garantiza 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 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994”*<sup>8</sup>.

De modo general, el artículo 7º, inciso 1º, prohíbe los actos de competencia desleal e insta a los sujetos involucrados en el mercado a *“respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”*.

Los artículos 8 a 19, específicamente, reputan como actos desleales, desviar la clientela, desorganizar a los competidores, confundir la actividad, inducir al público en error, realizar actos de descrédito, hacer comparaciones sin

---

<sup>8</sup> Este Convenio versa sobre la protección de la propiedad industrial y fue acordado el 20 de marzo de 1883, a pesar de sus revisiones sucesivas, establece las reglas básicas en el ámbito internacional sobre otorgamiento, aplicación y trato jurídico de las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen. Es aplicable en propiedad industrial, industria y comercio, actividad agrícolas y extractiva y, en general, a todos los productos. Relevante resultan en él, los mecanismos de prevención y represión de la competencia desleal, como actos, conductas y prácticas contrarias a los usos honestos industriales y comerciales. La ley aprobatoria del Convenio fue objeto de control constitucional por medio de la sentencia C-002 de 1996 con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo. En la materia debe recordarse que el control judicial debe tener en cuenta las normas dictadas al amparo del Pacto Andino previstas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, "Régimen Común de Propiedad Industrial", a pesar, del paulatino decaimiento y deterioro de este mecanismo de cooperación subregional, y mientras se halle vigente.

fundamento, imitar bienes protegidos, explotar la reputación ajena, violar secretos, inducir a la ruptura contractual, desconocer una ventaja competitiva e incluir cláusulas de monopolio y restrictivas del mercado.

6.3. Conforme a los artículos 2º y 7º, *ibídem*, tales conductas se configuran en los casos en que se realizan en el “*mercado con fines concurrenciales*”.

Claro está, siempre y cuando esa finalidad “*resulte contraria a las buenas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado*”.

6.3.1. Lo transcrito pone de presente que no todos los comportamientos materializados en el mercado con fines concurrenciales son constitutivos de competencia desleal. Tienen esa connotación únicamente aquellos que resultan adjetivados, según sea el caso, por uno cualquiera de dichos ingredientes. La *ratio legis* estriba en que la competencia “*libre y leal*” también entraña propósitos concurrenciales. Resultaría muy extraña una actividad comercial en el mercado ayuna de esa precisa finalidad. Distinto es que se realice de manera “*desleal*”.

La Ley, por esto, “*presume*” las conductas contrarias a la “*libre y leal*” competencia. El fundamento de la presunción

radica en que el dinamismo del mercado dificulta aportar la prueba de la mala fe comercial del agente infractor. De ahí que, como lo prevé el artículo 2º, *ejúsdem*, se incurre en un acto desleal cuando, atendiendo las circunstancias de su ejecución, “*se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero*”.

Se trata de una presunción *iuris tantum*. El hecho deducido lo señala el mismo legislador. Su operatividad presupone los antecedentes o circunstancias que condujeron a establecerla. Por esto, acreditadas, el hecho indicado resulta fijado provisionalmente. La razón estriba en que el artículo 66, inciso 3º del Código Civil, autoriza contraprobarlo, “*aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley*”.

La carga de la prueba de los hechos de la presunción, desde luego, corresponde a aquel que pretende derivar consecuencias favorables. Y de los contrarios, a quien perjudica. En palabras de la Corte:

*“Más exactamente, incumbe a quien se ampara en una presunción, demostrar los ‘antecedentes y circunstancias’ de que se vale la ley para asentarla como tal, o sea, los hechos que constituyen el fundamento de la presunción, para que quede relevada de probar el hecho presumido. En cambio, le corresponde al adversario probar el contrario a éste”*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> CSJ. Civil. Sentencia 152 de 13 de agosto de 2002, expediente 6382.

Lo discurrido significa, quien aduce como “*desleal*” un acto ejecutado en el mercado por un agente comercial, debe demostrar objetivamente los hechos de la presunción. Y el supuesto infractor, contraprobarlos, mediante las pruebas de su “*libre y leal*” conducta. Por ejemplo, ajustada a las prácticas mercantiles, a la buena fe comercial y a los usos honestos, en fin; o la intrascendencia de la actuación en la decisión del comprador o del consumidor, o en el funcionamiento concurrencial del mercado.

6.3.2. La presunción de actos de competencia desleal, por tanto, impone acreditar tres circunstancias. El hecho prohibido por el legislador, su realización en el mercado y, su idoneidad para mantener o incrementar la participación en el comercio en favor de quien lo realiza o de un tercero. Así se observa en las normas citadas y transcritas en el número anterior. La Corte también lo tiene sentado:

*“Para que se configure un acto de competencia desleal deben reunirse los siguientes requisitos: (i) que se trate de un acto realizado en el mercado; (ii) que ese acto se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es que resulte idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y (iii) que corresponda a las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea de manera general o específica”<sup>10</sup>.*

La materialización de la presunción, entonces, requiere la presencia copulativa de tales hechos. Ninguno otro adicional se exige. Estructurados se entiende que se han utilizado medios indebidos para competir, lo cual implica, a

---

<sup>10</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, expediente 02015.

su vez, adquirir una ventaja competitiva ilegítima. Por lo mismo, desvirtuada la presunción de buena fe, en la subespecie de comercial, prevista en el artículo 83 de la Constitución Política. Y como corolario, la carga del infractor de acreditar que su conducta es legítima

6.4. Frente a lo expuesto, ninguno de los errores *iuris in iudicando* denunciados se estructuran.

6.4.1. Dichas faltas, como es de suyo conocido, erradican cualquier controversia fáctica o probatoria. La Corte tiene sentado que, en ese caso, en su análisis «*trabaja con los textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos*»<sup>11</sup>.

Ello significa que, tratándose de violación directa de la ley sustancial, el estudio queda confinado a polémicas de tipo sustantivo. En concreto, relacionadas con las normas de carácter subjetivo que han debido o debieron gobernar el caso. Por una parte, su pertinencia (aplicación o inaplicación); y por otra, su interpretación o alcance.

6.4.2. En el *subjúdice*, lo expuesto supone que, pese a acreditarse los hechos de la presunción de competencia desleal, el Tribunal no los subsumió en sus hipótesis

---

<sup>11</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 25 de abril de 2000 (exp. 5212), citando LXXXVIII-504.

normativas. Por lo mismo, lo condujo a hacer a un lado las consecuencias jurídicas correspondientes.

Nada al respecto pudo tener ocurrencia. El *ad-quem* solo dejó acreditada la contratación que hizo Cencosud Colombia S.A. de cierto número de empleados de Impulso y Mercadeo S.A., y echó de menos lo demás. En particular, que hubiere sido, primero, para ofertar en el tráfico de bienes y servicios la misma actividad de operación logística que le suministraba la demandante y, segundo, para mantener o incrementar su participación en el mercado.

Con el personal contratado, dijo, “*no es que Cencosud (...) haya decidido irrumpir o posicionarse en el nuevo sector del mercado a través de la prestación de servicios de logística operacional o que con ello hubiera pretendido disputar a Impulso y Mercadeo su clientela*”. Simplemente, añadió, se trataba de un servicio que, por diversas razones, se había adquirido para “*beneficio propio*”.

Frente a lo anterior, la violación directa de las normas singularizadas en el cargo, en cualquiera de sus frentes, se descarta por completo. Con independencia de los términos utilizados, el juzgador acusado no exigió para el éxito de las súplicas, adicional al hecho prohibido, a la actividad en el mercado y al fin concurrencial, otro requisito, sea objetivo o subjetivo. Sólo halló demostrado el primero, no los dos últimos. La polémica, entonces, cual se confuta en los cargos siguientes, es netamente de tipo probatorio.

6.4.3. Si bien, por último, el Tribunal se refirió a la relación de competencia entre demandante y demandada, la falta de identidad que halló entre sus objetos sociales, tampoco la trajo a cuento como un requisito necesario.

Esa relación, acotó, no siempre era definitiva. La refirió, dadas las circunstancias concretas en causa, como un “*elemento relevante*”. Empero, para reafirmar que la conducta imputada a la pasiva carecía de la “*connotación de actos de competencia desleal con fines concurrentiales*”.

6.5. La acusación, en consecuencia, está llamada a rodar por el piso.

## **7. LOS DEMÁS CARGOS**

7.1. En todos se denuncia la violación indirecta de los artículos 2, 3, 5, 9, 14, 15 y 17 de la Ley 256 de 1996; 2341 y 2343 del Código Civil; y 16 de la Ley 446 de 1998.

7.2. **En el cuarto**, a raíz de la transgresión medio de los cánones 174,175, 176, 177, 195, 198, 233, 233, 238, 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil; 164, 165, 166, 167, 176, 191, 194, 206, 226, 227 y 1044 del Código General de del Proceso. Para la censura, el Tribunal no valoró las pruebas en conjunto ni a cada una le asignó el respectivo valor demostrativo:

Las declaraciones de Gerardo Cabrera, Teresa Fanny Godoy Castiblanco y Carlos Eduardo Correa Benítez, en su orden, gerente y jefes o directores de dependencias de Impulso y Mercadeo S.A.; y de Franci Elena García Gaitán, Directora de Recursos Humanos de Cencosud S.A.

Los certificados de existencia y representación de las partes. Asociado con Impulso y Mercadeo S.A., las actas de asambleas ordinarias de accionistas, los conceptos del profesional especializado, Jorge Díaz Valdiri; la información de la Supersociedades acerca del trámite de liquidación, los estados financieros y el dictamen del revisor fiscal.

La confesión del representante de Cencosud Colombia S.A., los interrogatorios de los peritos Julio Ernesto Maldonado Contreras y Jorge Díaz Valdiri, y los documentos anexados por los auxiliares de la justicia.

7.2.1. Los errores enrostrados, dice, llevaron al Tribunal a no dejar demostradas varias circunstancias.

(i) La sustracción de *“697 empleados de Impulso y Mercadeo”*. La finalidad de *“Cencosud”* no solo de *“concurrir al mercado prestando un servicio que antes no prestaba”*, sino de debilitar y dejar a la actora *“sin línea de producción”*. (ii) La situación económica y financiera de Impulso y Mercadeo antes y después de que Cencosud *“irrumiera en el mercado con la toma directa de [los] 697 trabajadores”*. Y (iii) el

beneficio, derivado de ese hecho, de disminuir tiempos de selección y capacitación del personal.

7.2.2. Concluye la recurrente, demostrados los hechos de la presunción *iuris tantum* del acto de competencia desleal, el Tribunal inobservó las normas que la gobernaban. A su turno, omitió atribuir las consecuencias jurídicas correspondientes, todo, con incidencia en las normas sustantivas denunciadas como violadas. En uno y otro caso, cual lo explicó a espacio.

7.3. **En el cargo quinto**, producto de “*recortar*” el contenido de las pruebas singularizadas en la acusación anterior, así como del escrito incoativo del proceso.

7.3.1. De lo narrado por Gerardo Cabrera. La sustracción de los “*697 empleados de Impulso y Mercadeo*”. La facturación anual de Cencosud por los servicios logísticos operacionales, antes de los hechos, \$2.000 o \$3.000 millones de pesos; suma que, luego de contratar al personal, “*iba a incrementar [su] superávit*”.

En el dicho de Fanny Teresa Godoy Blanco. La renuncia masiva de empleados de Impulso y Mercadeo, la disminución de sus utilidades, de 700 millones en 2012, a \$300 millones en 2013, la debilitación comercial y financiera de la actora y, la incursión de Cencosud en el mercado con el servicio de operación logística.

La versión de Franci Elena García Gaitán. Lo atinente a la toma de Cencosud de la operación logística y la contratación de empleados de la actora para esa finalidad.

El testimonio de Carlos Eduardo Correa Benítez. La misma conquista de empleados "*al día siguiente*" y el cobro continuo del servicio logístico a proveedores de mercancías.

Sobre los documentos relacionados. La situación económica y financiera de Impulso y Mercadeo, antes y después de los hechos y su disolución y liquidación.

Del interrogatorio de los peritos Julio Ernesto Maldonado Contreras y Jorge Díaz Valdiri, y los documentos adosados. La toma del 52% de los empleados, las posibilidades escasas de la precursora de seguir actuando en el mercado, y los efectos económicos.

En la confesión del representante de Cencosud, la contratación inmediata del personal de Impulso y Mercadeo, el beneficio en tiempos de selección y capacitación de los trabajadores y, la directriz de la empresa de surtir en forma directa las góndolas en sus tiendas y almacenes.

La demanda. Se entendió que los hechos imputados fueron realizados a fin de abastecer una necesidad propia o con el propósito de irrumpir en el comercio. Se adujeron, simplemente, para resaltar que Cencosud se mantuvo en el mercado e incrementó su participación.

7.3.2. En sentir de la recurrente, los errores denunciados llevaron al juzgador de segunda instancia a una conclusión contraevidente. Todo, con incidencia en las normas denunciadas, según lo argumentó.

El Tribunal, en efecto, sostuvo que los “*actos desplegados por Cencosud no estaban revestidos de la finalidad concurrencial*”. Las pruebas y la demanda, por el contrario, indicaban que eran “*objetivamente idóneos para, al menos, mantener su participación en el mercado*”.

7.4. **En el cargo sexto**, resultado de la comisión de los errores de hecho en que se incurrió al apreciarse la demanda y, prácticamente, los mismos medios de convicción relacionados en el embate anterior. Esta vez, en la modalidad de “*preterición*” u “*omisión*”.

La recurrente blande la misma argumentación. Salvo lo dicho alrededor de los testimonios de Gerardo Cabrera y Fanny Teresa Godoy Blanco, que ahora no los menciona.

7.5. Solicita la censura, casar el fallo cuestionado y en sede de instancia acoger todas las pretensiones.

## **8. CONSIDERACIONES**

8.1. Los cargos se aúnan para su estudio por varias razones: Refieren unas mismas normas sustanciales, los

errores *facti in iudicando* enarbolados tienen identidad de medios, y la temática de fondo planteada es semejante. Todo ello indica que de resolverse por separado la argumentación sería repetitiva.

8.2. Lo primero a advertirse es que luce exótico atacar, a la vez, respecto de unos mismos elementos de juicio, la comisión de errores de hecho y de derecho. Atados a pasos diferentes en el camino de valoración probatoria, aunque sucesivos, acumularlos resulta incompatible.

8.2.1. Los de hecho, atañen a lo material y objetivo de las pruebas. Se presentan en los casos en que se omite su presencia física en el proceso, se suponen o se tergiversa su contenido. Esta última modalidad, en las subespecies de adición, cercenamiento o alteración. Y se constatan por percepción directa. De ahí que conciernen a los sentidos.

8.2.2. En cambio, los de derecho aluden a la diagnosis jurídica de las pruebas, a su raciocinio, en forma individual y en conjunto; y lo ha reiterado la Sala, se entrelazan con los yerros jurídicos en cualquiera de las etapas del acto probatorio o con los sistemas jurídicos de incorporación de la prueba o de la valoración de la misma, que nada tiene que ver con la materialidad u objetividad de la prueba. Aquí obra el pensamiento, no los sentidos.

(i) En lo singular, despuntan en los casos en que se desconocen las normas que regulan su solicitud,

incorporación, admisión, decreto, práctica, asunción y valoración. A la par, los preceptos que involucran su contradicción y conducencia. Tienen lugar cuando, al decir de la Corte:

*“[Se] exige, para demostrar un acto o un hecho, una prueba especial que la ley no reclama; o cuando viendo la prueba en su exacta dimensión no le atribuye a ella el mérito que la ley le asigna para demostrarlo; o, en fin, cuando se lo niega por estimar que el medio fue ilegalmente producido cuando así no sucedió”<sup>12</sup>.*

(ii) En lo relacionado con la valoración de las pruebas en conjunto, se presentan en los casos en que se contrarían los dictados de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, que son las reglas de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 176 del Código General del Proceso).

Ello precisa un claro objetivo. Lograr, dice la Sala, *«plena coherencia (...), de modo que se tengan en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias entre esos diversos componentes; y (...) se tenga “por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia (...) aplicables a un determinado caso”<sup>13</sup>.*

Lo dicho, mediante la conjugación de los métodos analítico y sintético. El primero, consistente en el estudio de lo constatado de cada prueba. El otro, traducido en el

---

<sup>12</sup> CSJ. Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2000, expediente 5442, reiterada en fallos de 25 de febrero de 2008, radicación 006835, y de 17 de mayo de 2011, expediente 00345.

<sup>13</sup> CSJ. Casación Civil. Sentencia de 25 de mayo de 2004, expediente 7127, citando G.J. T. CCLXI-999.

análisis integral y sistemático del todo con la parte. De esa manera, el muestrario probatorio permite sacar las inferencias respectivas.

(iii) El trabajo de contemplación jurídica de las pruebas, desde luego, presupone, como paso ineludible, su apreciación acertada en los campos material y objetivo.

Únicamente los hechos que, sin discusión posible, han quedado fijados en los elementos de juicio acopiados, sean positivos o negativos, son los que permiten su encadenamiento. Se trata de un requisito necesario para realizar la labor de mostrar incompatibilidades, concatenaciones, exclusiones y conclusiones. Todo, asidos de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

8.3. Frente a lo dicho, en el caso, el error de eficacia jurídica de las pruebas supone que los medios de convicción recaudados indicaban y negaban los hechos configurativos de la competencia desleal aducida. Solo que el sentenciador, en el ejercicio de acoplamiento probatorio, se equivocó al inclinarse por las causas desestimatorias.

8.3.1. Confrontada la sentencia impugnada, cuya recensión *supra* quedó efectuada, el Tribunal dejó demostrada la vinculación a la nómina de la demandada de un número considerable de trabajadores de la accionante.

No aparece que haya dejado acreditado que la interpelada ofertó en el tráfico de bienes y servicios la misma operación logística de la pretensora. Tampoco, en el hipotético caso de haber sucedido, que lo hubiese sido para mantener o incrementar su participación en el mercado.

Con la contratación de personal, dijo, *“no es que Cencosud (...) haya decidido irrumpir o posicionarse en el nuevo sector del mercado a través de la prestación de servicios de logística operacional o que con ello hubiera pretendido disputar a Impulso y Mercadeo su clientela”*.

Se proveyó asimismo el servicio. Era su *“destinatario exclusivo”*. Se reducía a la *“adquisición (...) para beneficio propio”*. *“No se demostró que la acomodación de las góndolas”* con el personal conquistado fuera determinante para los *“clientes o usuarios de los supermercados (...), quienes en cualquier caso no conformaban la clientela a quien la firma demandante ofertaba sus servicios de logística”*. Los clientes de la actora *“no eran los proveedores de Cencosud (...), sino la demandada”*.

8.3.2. En últimas, como se observa, el *ad-quem* echó de menos la prueba de los hechos configurativos de competencia desleal. Indistintamente señaló que no podían *“enmarcarse”* o carecían de la *“connotación”* de tales.

Los errores de derecho probatorios, por lo tanto, son inexistentes. La contemplación jurídica de las pruebas, en

forma individual o en conjunto, cual se explicó, no puede predicarse de aquellas que, para el juzgador, no señalan los hechos investigados. Otra cosa es que los indicaran, no obstante, lo cual, fueron omitidos o tergiversados. Esto, precisamente, compete al resto de la acusación.

8.4. Pasa la Corte, entonces, a estudiar si las pruebas singularizadas en los cargos quinto y sexto dejan al descubierto los hechos que se reclaman en la censura.

8.4.1. La competencia, en general, supone en el mercado múltiples oferentes de un mismo bien o servicio. Conciérne a una disputa dirigida a posicionar determinado producto en el comercio y a conquistar una clientela.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como la *“situación de empresas que rivalizan en un mercado cuando ofrecen o demandan un mismo producto o servicio”*<sup>14</sup>.

En el mismo sentido esta Corporación. *“Por acto de competencia debe entenderse la disputa o contienda entre empresarios que rivalizan por un mercado, esto es, por obtener más clientes frente al competidor”*<sup>15</sup>.

Su característica es la presencia de plurales oferentes. Si no los hay, se trataría de un bien o servicio objeto de

---

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Lengua Española. Espasa. 2002.

<sup>15</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, expediente 02015, ya citada.

monopolio o de cualquier otra situación distinta. La concurrencia de varios agentes en el comercio, por tanto, permite verificar, recíprocamente, la forma como han mantenido o incrementado su participación en el mercado.

Es “*leal y libre*” cuando se ejerce conforme a la normatividad y en igualdad de condiciones. Y “*desleal*”, en los casos en que los competidores se posicionan a costa o en detrimento de otro o de otros concurrentes. Claro está, siempre que ello sea el resultado de la incursión en actos censurados o prohibidos en el ordenamiento jurídico.

8.4.2. La participación o intervención en el mercado de la parte demandada, esto, con el servicio de operación logística que le prestaba la precursora, es lo polemizado.

Los cargos recaban la ocurrencia de esa circunstancia. Se apalancan en la tantas veces mencionada sustracción del personal. Igualmente, en los proveedores directos de la convocada, en cuanto, asociado con dicho servicio, la recurrente los reclama como sus clientes. Y alrededor de aquello y de esto enarbola los errores de hecho probatorios.

(i) El Tribunal tuvo por acreditado que la accionada se hizo a un número considerable de trabajadores de su contraparte. “[P]ara asumir directamente la prestación de los servicios de operación logística Cencosud convocó y contrató a 697 empleados de Impulso y Mercadeo que representaba para entonces el 52.24% de su fuerza de trabajo”.

La transcripción descarta por completo que el juzgador de segundo grado haya podido recortar u omitir las pruebas singularizadas en los cargos que indican el hecho. Con el personal contratado, dijo, *“no es que Cencosud (...) haya decidido irrumpir o posicionarse en el nuevo sector del mercado”*; y blandió, además, distintas razones para el efecto.

(ii) El otro cuestionamiento tampoco pudo haber pasado desapercibido.

La recurrente sostiene que en la forma como se satisfacía el valor del suministro quedaba acreditada la participación en el mercado de la demandada. Esto sugiere que era apenas una mandataria de la pretensora. Aquella cobraba, previa facturación de esta última, el valor de los servicios de operación logística a los proveedores de las mercancías que comercializaba en sus tiendas y almacenes. Y luego de unos trámites internos, con la intervención de ambas partes, recibía parte de los recursos.

Si bien algunas pruebas relacionadas en las acusaciones informan que así operaba la retribución, el hecho únicamente acreditaba el procedimiento para el pago, no su manantial. En el sustrato, el argumento implicaba que los contratos de suministro no se habían suscrito entre Impulso y Mercadeo S.A. y Cencosud Colombia S.A., sino entre aquélla y los proveedores de mercancías. Solo así sería dable seguir que, con la sustracción y contratación de los

trabajadores de la demandante, la convocada empezó a ofertar un servicio que antes no prestaba.

Los errores de hecho al respecto enrostrados, sin embargo, no se estructuran. Por ninguna parte de los cargos se sostiene esos contratos de suministro ni la supuesta intermediación para la facturación del servicio. Es más, ni siquiera se señalan las pruebas que indican una u otra cosa. Simplemente se conjetura alrededor del pago.

En el mismo escrito incoativo del proceso, por el contrario, se afirmó que, en 1998, Impulso y Mercadeo y Cencosud Colombia S.A., antes, Grandes Superficies de Colombia S.A., celebraron el contrato de suministro. En la demanda de casación se explicitó claramente el hecho. El objeto del contrato, se dijo, consistía en suministrar con recursos técnicos y humanos, infraestructura y tecnologías propias, los *“servicios de asistencia logística integral, surtido de góndolas y apoyo integral en la exhibición de productos (...) para cada una de sus tiendas a nivel nacional”*.

La conclusión del Tribunal, por tanto, no resulta contraevidente. Ante la inexistencia de otra interpretación posible, amén de única, no se equivocó al fijar material y objetivamente en los hechos y en las pruebas que los clientes de la precursora *“no eran los proveedores de Cencosud”*. La razón, *“fue la que contrató el servicio de operación logística, quien aprobaba las condiciones en que*

*éste se prestaba, quien demandaba las obras y el personal requerido y quien realizaba el pago de dicho servicio”.*

(ii) La oferta del servicio de operación logística y el mantenimiento e incremento de la participación en el mercado, en definitiva, no quedó acreditada. La demanda genitora del proceso, por tanto, en ese preciso aspecto, tampoco pudo haber sido cercenada u omitida.

Lo mismo se predica de los demás elementos de juicio relacionados. Todos se dirigen a mostrar la situación financiera y económica de la actora antes y después de los hechos imputados, inclusive, como secuela, su disolución y liquidación. Empero, si para el Tribunal, todos los presupuestos de la acción de competencia desleal no fueron demostrados, conclusión que en casación no fue desvirtuada, ello relevaba cualquier estudio de las pruebas referentes al daño y al perjuicio. Nada sobre el particular, entonces, pudo ser recortado o preterido.

8.5. Los cargos conjuntados, igualmente, están llamados al fracaso.

## **9. DECISIÓN**

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

Ley, **no casa** la sentencia de 12 de octubre de 2016 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de competencia desleal incoado por Impulso y Mercadeo S.A. contra Cencosud Colombia S.A., antes Carrefour.

Las costas en casación corren a cargo de la demandante recurrente. En la liquidación respectiva, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que el libelo de casación fue replicado.

**Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.**



**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**  
Presidente de Sala



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

*Delus Vop.*



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

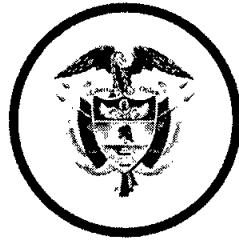
*ACIARO VOTO*



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

### **Radicación n.º 11001-31-99-001-2014-09788-01**

Con el respeto acostumbrado, brevemente expreso las razones por las que, a pesar de que comparto el fallo de la radicación, me separo de varias de sus consideraciones.

1. Para negar los dos cargos iniciales, la Sala precisó que cuando el Tribunal excede el marco de sus competencias delimitadas por el contenido de la sustentación de la alzada, no comete incongruencia sino que se vicia de nulidad el trámite.

Me separo de tal razonamiento porque la corporación ya había tomado partido por la tesis contraria (CSJ SC1916, rad. 2005-00346, 31 may. 2018), es decir, que resolver la apelación más allá de la sustentación y de los aspectos que deben resolverse oficiosamente, según la jurisprudencia hasta ahora en vigor, equivale a incongruencia (y no nulidad) de la decisión, lo cual, por ser *ratio decidendi*, resultaba de imperativa aplicación en el caso concreto.

En esta oportunidad reitero que la obligatoriedad del

precedente jurisprudencial no se sustenta únicamente en la posición jerárquica ostentada por la autoridad judicial que lo establece, sino en valores constitucionales como la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima de los usuarios del sistema judicial, quienes reclaman que la jurisprudencia, como fuente del derecho, no cambie abruptamente, como en esta oportunidad ha sucedido. Precisamente, las variaciones de la jurisprudencia no deben producirse por la sola circunstancia de que se considere que la nueva interpretación normativa es mejor o más elaborada que la anterior; por el contrario, para ello se requiere que, luego de un estudio serio y ponderado, se llegue a la conclusión que los cambios jurisprudenciales serán beneficiosos para la juridicidad y no afectarán la seguridad jurídica, estudio que en el presente caso no se efectuó.

De haberse mantenido el criterio jurisprudencial hasta ahora imperante, la Sala hubiera tenido la obligación de examinar de manera profunda el cargo de incongruencia planteado por la recurrente.

Adicionalmente, la corporación dejó de precisar la causal de invalidez que se configura en ese tipo de eventos, a pesar de que la materia se encuentra gobernada por el principio de taxatividad o especificidad, de acuerdo con el cual solamente pueden tenerse como nulidades aquellas irregularidades así calificadas expresamente por el legislador.

2. Por otro lado, en el cargo tercero se denunció la violación directa de disposiciones sustanciales, entre otras razones, porque, a juicio de la impugnante, el *ad quem* inaplicó la presunción de concurrencialidad de los actos de la convocada, prevista en el artículo 2º de la ley 256 de 1996.

Sin embargo, la decisión de cuyas motivaciones me aparto afirmó que la mencionada ley consagra una presunción *iuris tantum* de deslealdad (no de concurrencialidad), en los siguientes términos:

*La presunción de actos de competencia desleal, por tanto, impone acreditar tres circunstancias. El hecho prohibido por el legislador, su realización en el mercado y, su idoneidad para mantener o incrementar la participación en el comercio en favor de quien lo realiza o de un tercero.*

Basta apreciar el texto de la ley 256 de 1996 para advertir que ninguna de sus disposiciones presume actos desleales; por el contrario, su canon 2º considera que si el acto «*se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero*», se presume que tiene un fin concurrencial. Esto es relevante pues enmarcar la presunción en su real dimensión (la concurrencialidad) imponía un examen menos somero de los demás cargos.

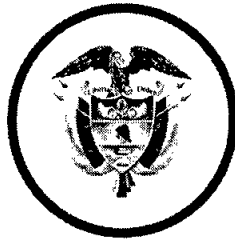
En los anteriores términos dejo consignados los motivos que en esta oportunidad me llevaron a aclarar el voto.

Fecha *ut supra*.



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

Magistrado



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**Radicación n.º 11001-31-99-001-2014-09788-01**

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

En forma respetuosa me permito ACLARAR mi voto, pues si bien acompañó la decisión de no casar el fallo que el 12 de octubre de 2016 profirió la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, estimo que los razonamientos expuestos en la resolución de los cargos primero y segundo representan una personal relación del estado del arte por parte del ponente, pero no la postura de la Sala, que sobre el particular ha defendido tesis diversas, aun pendientes de unificación.

Ciertamente, como sustento de las dos primeras censuras, fincadas –en su orden– en las causales tercera y quinta de casación, la impugnante alegó que en el fallo de segunda instancia el tribunal se había pronunciado sobre aspectos que no fueron materia de apelación. En contraposición, la Corte concluyó que *«si la apelación era únicamente de la accionada, la facultad para resolver se encontraba habilitada. Y si era recíproca, con mayor razón, en tanto, en la estricta materia, era ilimitada»*; es decir, que el alegado desbordamiento del *ad quem* no se configuró.

Consecuente con lo expuesto, y tras haberse descartado el supuesto de hecho en el que se fundamentaron los dos primeros

cuestionamientos, se tornaba innecesario que la sentencia de casación se ocupara de establecer cuál de los motivos previamente referidos (el previsto en el numeral 3, o en el 5, del precepto 336 del Código General del Proceso) resultaría idóneo para encausar un yerro como el que denunció la casacionista.

Cabe anotar que, como la mencionada precisión no era relevante para resolver aquellos cargos, constituye un simple *obiter dicta*; sin embargo, allí terminó por proponerse una modificación parcial del precedente de la Corte Suprema de Justicia, con relación a una problemática (la vía procesal idónea para corregir la mediación del juez *ad quem* en asuntos ajenos a la sustentación del remedio vertical) que, por su enorme complejidad, continúa siendo materia de debate al interior de la Sala.

En consideración a lo anterior, estimo pertinente insistir en que si bien los razonamientos incluidos a partir del numeral 4.3.1. de esta providencia constituyen amplias y juiciosas reflexiones sobre la materia, no hacen parte del núcleo argumentativo a partir del cual la Sala de Casación Civil construyó su consenso decisorio. En los anteriores términos de mi fundamentada aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por esta Corporación.

Fecha *ut supra*

  
**LUIS ALONSO RICO PUERTA**  
**Magistrado**