

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., siete (07) mayo de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	Verbal
Demandante	Biomax Biocombustibles SA.
Demandados	Exxonmobil de Colombia SA. José Agustín Rodríguez Silva
Radicado	11 001 31 99 001 2015 81659 04
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> -
Procedente	Superintendencia de Industria y Comercio
Fecha	11 de julio de 2018
Decisión	Confirma
Apelante	Demandante

Proyecto discutido en sala del 25 de marzo, 22 de abril y 6 de mayo de 2021

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 11 de julio de 2018, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Biomax Biocombustibles de Colombia S.A. hoy Primax Colombia S.A.¹ presentó demanda en contra de Exxonmobil de Colombia S.A.² y José Agustín Rodríguez Silva³ a fin de que se declare que los últimos: *i)* incurrieron de manera solidaria en actos de competencia desleal de prohibición general, desplegaron actividades o actuaciones contrarias a los usos honestos y las sanas costumbres en materia mercantil; y *ii)* explotaron la reputación de la actora, se aprovecharon de su imagen desde diciembre de 2013 hasta el 1 de abril de 2014.

¹ En adelante Primax

² En adelante Exxonmobil

³ En adelante comerciante minorista

De igual modo, se declare que Exxonmobil desvió la clientela de la demandante al desplegar mecanismos fraudulentos con el objetivo de que el comerciante minorista suscribiera un contrato de suministro.

En consecuencia, se condene a los demandados a pagar \$105.960.000 y a Exxonmobil \$286.981.200, ambos por concepto de lucro cesante. Así mismo, se ordene a los mismos abstenerse en el futuro de volver a incurrir nuevamente en las conductas descritas.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Primax y Exxonmobil son competidoras directas en el mercado de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, ambas distribuidoras mayoristas de estaciones de servicio.

José Agustín Rodríguez Silva es comerciante minorista de combustibles y lubricantes para automotores.

2.2. El 23 de mayo de 2006 se celebró contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo entre Primax y el comerciante minorista.

Por razón de controversias contractuales esa sociedad inició trámite arbitral contra el señor Rodríguez que fue resuelto favor de la primera mediante Laudo del 26 de octubre de 2015.

Entre otras, se decretó que el último incumplió el contrato de suministro por dejar de adquirir combustibles desde noviembre de 2013, abanderar la estación de servicios con otro mayorista y desmontar los avisos entregados por la actora.

2.3. Se dice que Exxonmobil engañó al minorista, pues hizo todo lo posible por arrebatar a la demandante la distribución en la Estación Villa Yenny, al recomendarle terminar ese contrato situación que ocurrió en noviembre de 2013.

El señor Rodríguez Silva usó las banderas e imágenes de la demandante en la referida estación de servicio, pese a distribuir combustibles de la primera hasta el

1 de abril de 2014. Posteriormente fueron retiradas de manera precaria se cubrieron, pero se mantuvo la combinación de colores distintivos de la actora en la estructura de la estación.

Por tal razón, asegura que durante ese periodo se explotó la imagen y buen nombre de la actora en provecho propio y de su actual distribuidor.

2.4. La imagen de Exxonmobil fue implantada en la citada estación de servicios de manera perecedera, esto es, con pancartas y letras de manera artesanal, pero se mantuvieron los avisos y combinación de colores de la actora.

Esa sociedad empezó a vender combustibles sin importar que en la citada estación se mantuvo exhibida la marca comercial de la demandante.

2.5. El 8 de marzo de 2014, el comerciante minorista envió comunicación a la demandante, solicitó que recogiera sus activos, tales como aviso de precio y estructura de “canopy”

3. Posición de la parte pasiva

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. José Agustín Rodríguez Silva: i) *“Ausencia de finalidad concurrencial en la conducta endilgada a la parte demandada”*; iii) *“improcedencia de la acción de competencia desleal”*; iv) *“prescripción extintiva”*; v) *“falta de legitimación activa y pasiva”*; vi) *“atipicidad de las conductas endilgadas”*; vi) *“cosa juzgada”*; vii) *“falta de lealtad procesal y abuso del derecho”*; viii) *“existencia de incumplimiento contractual del demandante y consecuente falta de jurisdicción o competencia de la demandante”*; viii) *“Ausencia de actos desleales de explotación de la reputación ajena ni de inducción a la ruptura contractual”*; y ix) *“nulidad absoluta”*.

3.2. Exxonmobil de Colombia S. A.: i) *“falta de legitimación en la causa por activa”*; ii) *“Ausencia de incumplimiento de los Supuestos de la Ley 256 de 1996”*; iii) *“ausencia de acto de competencia, siendo este un requisito para exista competencia desleal”*; iv) *“ausencia de deslealtad en la conducta de Exxonmobil”*; v) *“inexistencia de actos de competencia desleal”*; vi)

“inexistencia y/o sobrestimación de los perjuicios reclamados”; y vii) “Prescripción de la acción por competencia desleal”.

4. La Sentencia de primera instancia

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante. Para ese efecto sostuvo que quedaron demostrados los siguientes hechos:

El 23 de mayo de 2006 la demandante y José Agustín Rodríguez celebraron contrato de suministro de productos derivados del petróleo para comercialización en la estación Villa Jenny.

José Agustín Rodríguez remitió comunicación el 12 de septiembre de 2013, manifestó a la actora que daba por terminado el vínculo jurídico a partir del 31 de octubre de ese año.

Exxonmobil conceptuó sobre aquel negocio jurídico, indicó que terminó por volumen y el 5 de noviembre de 2013, suscribió con el señor Rodríguez contrato de operación de estación de servicios para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes.

Por virtud de esta convención la primera suministró combustibles al señor Rodríguez desde diciembre de ese año hasta el 7 de marzo de 2018.

En lo relativo a las excepciones de mérito formuladas por la sociedad demandada, en particular falta de legitimación en la causa por activa, fue resuelta como excepción previa mediante providencia que se encuentra en firme, no es del caso pronunciarse nuevamente.

Con respecto a la ausencia de incumplimiento de los supuestos de la Ley 256 de 1996, falta de finalidad concurrencial, basta decir que se probó que la sociedad demandada contactó a José Agustín Rodríguez para que fuera su cliente, acto con el que incrementaría su participación en el mercado.

Frente a las defensas formuladas por José Agustín Rodríguez, en lo concerniente a la finalidad concurrencial, indicó que éste terminó su vínculo jurídico con la demandante, celebró contrato conexo situación idónea para que se mantuviera en el mercado minorista de distribución de gasolina.

En punto a la falta de legitimación en la causa por activa alegada por ese demandado, se desechó porque se demostró que la convocante participa en el mercado de distribución mayorista de combustible líquido derivado del petróleo y de conformidad con la demanda sus intereses pueden resultar afectados.

Igual suerte corrió la discutida legitimación en la causa por pasiva, esta acción procede contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización de un acto de competencia desleal.

En lo relativo a las conductas desleales denunciadas se dijo: (i) Con respecto a la explotación de la reputación ajena de la que fueron acusados ambos convocados, no se demostró que la actora tuviera una reputación en el mercado, por eso no es necesario determinar si hubo explotación indebida. (ii) Se acusó a los demandados de utilizar la imagen de la demandante cuando no tenían contrato para la distribución de combustible, empero no se demostró que tuviera titularidad sobre una marca, nombre, enseña comercial o color. (iii) Respecto a la utilización de imagen de la actora en la mencionada estación entre diciembre de 2013 a 1 de abril de 2014, periodo en que el existía contrato con la sociedad demandada, los testimonios de Gabriel Franco y Martha Chávez resultan contradictorios por eso no resulta demostrado ese hecho. (iv) Frente a la desviación de clientela, no hay prueba de que la sociedad demandada hubiese accedido mediante maniobras engañosas o con tratamiento deshonesto o indecoroso. Por el contrario, las declaraciones indican que fue entregado de manera voluntaria, se conceptuó que había terminado por volumen, actuación que tampoco es deshonesto.

Si bien obra Laudo Arbitral en que se declaró que el contrato no había terminado por volumen, sino que estaba supeditada a un plazo y condenó al comerciante minorista a indemnización de perjuicios, no fue una decisión pacífica.

Dos cláusulas se referían a la terminación del contrato y generaban antinomia, una u otra podía dar a entender que la terminación era por volumen o por vencimiento de plazo aunque para ese Tribunal terminó por plazo.

El concepto que emitió la sociedad citada no resulta arbitrario tampoco irrazonable porque corresponde a una de las alternativas que se analizó y por eso no corresponde a una actuación deshonestas.

El minorista siempre tuvo la convicción de que el contrato había terminado, por eso no se puede decir que el concepto fue determinante para eso, razón por la que el acto de desviación de clientela no puede prosperar.

Con respecto a los actos de prohibición general, no se indicó de qué forma se configuró ese acto, se entiende que las conductas endilgadas es que se desconocieron las obligaciones legales puntualmente las previstas en el numeral 14) del artículo 22 y numeral 9) del artículo 15 del Decreto 2249 de 2005.

Esa acusación parte de violación de normas y como la cláusula de prohibición general abarca conductas que no puedan enmarcarse en los otros tipos descritos en la Ley de competencia desleal, no resulta viable cuando la conducta se enmarque en otro.

La violación de normas está tipificada en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, el demandante no explicó cómo las conductas se enmarcaban en la cláusula general de prohibición.

El análisis efectuado no cambiaría incluso aplicando el indicio grave por la negativa a la exhibición de documentos porque ésta estaba encaminada a demostrar hechos relacionados con pretensiones indemnizatorias.

5. Recurso de apelación.

La demandante interpuso recurso de apelación. Los reparos sustentados oportunamente en segunda instancia son los siguientes:

5.1. Los testimonios de José Gabriel Vengoechea, Gabriel Franco y Martha Chávez, junto con las declaraciones de ambas partes y el dictamen pericial acreditan la reputación de la demandante.

No se planteó en la fijación del litigio que la actividad probatoria debía concentrarse la existencia de reputación con lo que desenfocó la parte actora dejándola en situación de desigualdad en el proceso.

La reputación de Primax es un hecho notorio que no requiere prueba, es uno de los pocos mayoristas que operan en el país, tiene estaciones bajo su bandera en el territorio nacional, su nombre, símbolos, colores y signos son reconocidos.

El Ministerio de Minas Certificó que en la zona donde se encuentra la estación de servicio solo operan 6 distribuidores mayoristas, la población permanente reconoce a Primax como distribuidora mayorista.

5.2. La interpretación de los testimonios en lo que se refiere a la utilización de la imagen de Primax y la venta de los combustibles entre diciembre de 2013 - abril de 2014, se basó en una indebida apreciación de las pruebas en conjunto.

Se demostró que luego de la terminación del contrato, el minorista continuó haciendo uso de las banderas e imagen de Primax en su estación de servicio a pesar de distribuir combustible de Exxonmobil.

Gabriel Franco manifestó que en febrero de 2014 visitó la estación de servicio y que aunque no compraba combustible a Primax continuaba exponiendo sus signos, y que en la visita del 1 de abril del mismo año estaban siendo desmontados.

José Gabriel Vengoechea manifestó que solo hasta abril de 2014 tuvo conocimiento del retiro de los signos de la actora, hecho que fue confesado por el señor Rodríguez.

En las fotografías del 1 de abril se observa que el canopy está siendo pintado de blanco, la bandera está cubierta con una tela y el resto continúa presentando los

colores distintivos de la actora (verde y amarillo) y la referencia a Exxomobil es un letrero a mano con el nombre Esso.

5.3. Exxonmobil llegó a la conclusión de la terminación del contrato por cumplimiento del volumen sin verificar.

Se dio validez a la *obiter dictum* del Laudo Arbitral, se desconoció que el contrato no estaba terminado, el examen que realizó la sociedad convocada no fue juicioso y razonado.

Se desconoció abiertamente esa decisión que constituye cosa juzgada, y este litigio no versaba sobre la legalidad de la terminación del contrato entre Primax y Agustín Rodríguez.

Se demostró que se emitió concepto con el que se engañó al comerciante minorista, sin verificaciones objetivas y fue determinante para la terminación de contrato.

En el Laudo Arbitral se concluyó que el contrato no terminaba por volumen sino por vencimiento del plazo de 10 años.

Como existe decisión que resolvió la supuesta antinomia no podía el Despacho considerar si era una interpretación plausible sino determinar si el concepto era erróneo, engañoso y desleal.

La estrategia desplegada por Exxonmobil para obtener como cliente al minorista no es aceptable a la luz de los usos mercantiles honestos.

5.4. En cuanto a los actos basados en la prohibición general se confundió la intención de la demandante, no toda violación de la norma es catalogable por el artículo 18 de la ley 256, la mera violación de una norma no permite catalogar una conducta en ese tipo específicamente.

Se avaló la conducta ilícita de los demandados de distribuir combustible sin abanderar.

Se entendió que lo que se alegaba era una violación de normas, comprensión desacertada porque nunca se planteó una ventaja competitiva dado que los supuestos de ese tipo no se configuran.

Los demandados desconocieron el Decreto 4299 de 2005, obtuvieron provecho injustificado e ilícito.

5.5. La valoración de indicios fue indebida, la prueba que no fue exhibida no tenía relación únicamente con la cuantificación del perjuicio sino también con la posible estrategia de los demandados en los que se abordaban los clientes y conceptuaban sobre sus contratos.

5.6. No se tuvo en cuenta que los demandados no entregaron la información solicitada para la elaboración del dictamen y la contradicción de sus testigos quienes pretenden hacer ver que fue el señor Agustín quien solicitó el concepto cuando es parte del protocolo de Exxonmobil.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

En atención a lo dispuesto en el artículo 127 de la Decisión 500 del 2001 - Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina-, se acoge en esta providencia la interpretación prejudicial allegada⁴.

2. Se confirmará la sentencia impugnada. Los medios de convicción en que se insiste en esta instancia no acreditan los actos de competencia desleal denunciados. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial del 28 de febrero de 2020. 197- IP-2019. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

3. La activa enrostra yerro a la sentencia confutada, rebate que quedó demostrado el acto de competencia desleal de explotación de reputación ajena.

Alega que los testimonios de Gabriel Vengoechea, Martha Chávez, las declaraciones de ambas partes y el dictamen pericial acreditan la reputación de la demandante.

3.1. El primer inciso del artículo 15 de la ley 256 de 1996, prevé: “[s]e considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.

Son dos los elementos de ese acto de competencia desleal: i) **el aprovechamiento**, esto es la “*explotación de una oportunidad que redunde en favor de uno generalmente sin derecho*”⁵; y ii) **la reputación**, entendida como “*fama, celebridad. Opinión favorable (...) de los demás acerca de una persona*”⁶.

Con respecto al aprovechamiento de la reputación ajena el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, explicó: “*aprovecharse ilícitamente del prestigio que otro empresario ha ganado en el mercado es un acto que debe ser proscrito. Hace parte de ese grupo de conductas que denominados desleales y podrían generar grandes problemas de competencia, ruptura de la transparencia en el mercado y error en el público consumidor*”⁷.

3.2. La parte actora rebate que los testimonios de Gabriel Vengoechea, Martha Chávez y las declaraciones de ambas partes acreditan su reputación. Verificadas esas pruebas se impone advertir que la conclusión de la primera instancia sobre la ausencia de prueba de dicho elemento, debe ser prohijada.

Gabriel Vengoechea⁸, director ejecutivo de la actora, en su versión explicó en qué consistía la labor de abanderar estaciones de servicios, las dificultades que se venía presentando entre las partes en la fase de ejecución del contrato y haberse enterado de que habían bajado su bandera a principios del 2014.

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual. Tomo 7. 31ª Edición. Heliasta. Argentina. 2009. Pág. 187.

⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual. Tomo I. 31ª Edición. Heliasta. Argentina. 2009. Pág. 372.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial del 28 de febrero de 2020. 197- IP-2019. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

⁸ Cd. Fls. 126 C4, audiencia del 373 CGP, 25 de mayo de 2018. Video 2018-05-25-11-16-29-132.

Del mismo modo, sostuvo que el comerciante minorista venía con molestias de tiempo atrás, suspendió la compra de combustible sin que hubiese dejado de vender y que la demandante hizo inversiones en la estación de servicio Villa Yenny, tales como instalar el canopy y dispensadores.

Martha Patricia Chávez⁹ refirió que era empleada de Exxonmobil de Colombia S. A., gerente de territorio de la zona Cundinamarca y Boyacá, dentro de sus funciones estaba buscar nuevos clientes mirando estaciones de la competencia, tuvo acercamientos con el señor Agustín cerca de mayo de 2013, oportunidad en la que éste le comentó que su contrato había terminado y con quien pactó una reunión en su estación de servicio.

Manifestó que en visita que hizo, el comerciante minorista le entregó copia del contrato que tenía con la actora con miras a verificar la totalidad del volumen contratado, procedimiento que era habitual para rectificar el dicho del cliente y que una vez agotada la revisión por el departamento legal de la sociedad demandada, manifestaron que el primero tenía razón y procedió a formular propuestas de contrato.

Expresó que días después, el interesado le informó que había comunicado la terminación del contrato a la actora, recibió llamada de Gabriel Vengoechea quien también manifestó que el minorista tenía razón, el volumen del contrato se había terminado.

Agustín Rodríguez¹⁰ en su interrogatorio relató circunstancias relacionadas con el vínculo jurídico que tuvo con la demandante, haberse puesto en contacto con una asesora de Exxonmobil de Colombia S. A. en mayo de 2013 a quien entregó ese contrato y le dijo que estaba terminado, además que en septiembre de ese año comunicó a la segunda que solo iba a comprar combustible hasta el 30 de octubre de esa anualidad.

Sostuvo que la señora Martha Patricia manifestó que el contrato con la demandante estaba terminado por volumen, hecho que fue reiterado por Gabriel

⁹ Cd. Fls. 126 C4, audiencia del 373 CGP, 25 de mayo de 2018. Video 2018-05-25-14-01-54-030.

¹⁰ Audiencia del 29 de enero de 2018. minuto 41:40.

Vengoechea, y por ello tomó la decisión de contratar porque había mejores opciones y porque Gabriel Franco ejecutivo de la convocante no fue a renovar ese contrato.

Santiago Martínez Pinto¹¹, representante legal de ExxonMobil, narró la relación comercial con minoristas y el procedimiento para establecerla y que Agustín Rodríguez es su cliente desde noviembre de 2013, el primer suministro se hizo el 13 de febrero de 2014, interregno en el que no hubo despachos.

Refirió que la revisión que se hace para contratar es verificar si el minorista tiene contrato con otro distribuidor y que manifestó al señor Rodríguez que ese contrato terminaba por volumen y que a partir de noviembre de 2013 se inició el proceso de monte y desmonte de signos distintivos.

Javier Plata Blanco¹², representante legal de la actora describió la relación comercial que tuvo con Agustín Rodríguez desde el 23 de mayo de 2006, situaciones controversiales en la fase de ejecución y que recibieron carta del segundo en noviembre de 2013, comunicando la terminación del contrato.

Adujo que se dieron cuenta que el 1 de abril de 2014 se había bajado la bandera de la demandante, describió los signos que los identifican, y que en relación con el incumplimiento contractual se emitieron dos Laudos Arbitrales.

Sostuvo que en la zona tienen una marca muy relevante por su buena participación en ese mercado, una presencia importante y que la estación del demandado era muy significativa en atención al volumen pero que de manera anticipada terminaron el contrato.

3.3. Los testimonios citados por la recurrente no respaldan la reputación que se reclama. Ninguno sostuvo que la actora tuviera un buen nombre o prestigio frente a los consumidores y menos que estuviera bien posicionada respecto de los demás competidores.

¹¹ Audiencia del 29 de enero de 2018. Hora: 1:30.09.

¹² Audiencia del 29 de enero de 2018. Minuto: 5:40.

Si bien es cierto de la declaración del representante legal de la demandante se advierten visos de buena reputación en la medida que sostuvo que en esa zona su marca era muy relevante, corresponde a una manifestación insuficiente para tener por acreditado ese hecho.

No puede olvidarse que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en predicar que las manifestaciones de las partes en su beneficio no son prueba de sus alegaciones¹³.

La declaración de parte debe ser valorada pero cuando corresponda a manifestaciones en su beneficio debe estar respaldada en otros medios de convicción.

Y que no se diga que ese hecho se encuentra respaldado en el dictamen pericial presentado en este litigio, basta para su descarte tener presente que no era ese el objeto de ese medio de convicción sino cuantificar los perjuicios sufridos por la actora (Cfr. demanda, acápite dictamen pericial, fls. 108 C1).

De manera que se echa de menos prueba contundente de factores que determinan la reputación de un competidor, tales como “[t]iempo en el mercado, participación en el mercado, posicionamiento en la mente del consumidor, premios o distinciones que hubiere recibido por terceros reconocidos en su medio, canales utilizados para la publicidad; en caso de marcas, su notoriedad y, en caso de las patentes, su capacidad de otorgar distintiva al producto”¹⁴.

3.4. Reprochó la demandante que en la fijación del litigio, no se le indicó que debía probar su reputación.

Este reproche no tiene vocación de prosperidad, porque la carga de la prueba no es un problema jurídico a fijar sino una conducta que debe asumir la parte interesada en sus pretensiones y que se encuentra estipulada en el artículo

¹³ CSJ. SALA DE CASACIÓN CIVIL. 27 de junio de 2007. Referencia: Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01. “[l]as declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”

¹⁴ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 185.

167 del Código General del Proceso que consagra: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Si la demandante perseguía obtener el efecto jurídico de la configuración del acto de competencia desleal establecido en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, debió acreditar su reputación industrial, comercial o profesional adquirida en el mercado, cosa que no ocurrió de cara a las pruebas en que se insiste en esta instancia.

3.5. Otro punto de embate es que la reputación de la convocante es un hecho notorio que no requiere prueba dado que es conocido que se trata de uno de los pocos mayoristas que operan en el país, tiene estaciones bajo su bandera en el territorio nacional y su nombre, símbolos, colores y signos son reconocidos.

Memórese que *“[e]xiste notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito”*¹⁵.

Como en este caso los hechos objeto de litigio ocurrieron en la estación de servicio Villa Yenny situada en el Km 6 de la vereda Guatancuy (Ubaté) del municipio de Sutatausa -Cundinamarca-, resulta imperioso advertir que no se tiene noticia clara, precisa y fehaciente en punto a *“la reputación”* que la actora tuviera en ese lugar para la época de la ocurrencia de los hechos.

Ante la falta de veracidad relacionada con la notoriedad de la reputación de la actora no queda más camino que rechazar su invocación y como los demás medios de prueba no la acreditan se concluye que no está probada. La doctrina

¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Quinta Edición. Víctor P de Zalalía S.A. Buenos Aires Argentina. 1981. Pág. 230.

Explica que “[s]i el juez no tiene certeza sobre la notoriedad del hecho (...), debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permita utilizar para ello”¹⁶.

3.6. A pesar de que el Ministerio de Minas Certificó que en la zona donde se encuentra la estación de servicio sólo operan 6 distribuidores mayoristas (Cfr. fls. 4 C4), esa información es insuficiente para colegir la reputación que se quiere hacer ver.

Es que de ese documento no se puede establecer el tiempo que lleva en ese mercado, el posicionamiento en la mente del consumidor de cara a los demás mayoristas, premios o distinciones que hubiere recibido por terceros reconocidos en su medio, canales utilizados para la publicidad y menos su notoriedad.

No se puede olvidar que para hablar de aprovechamiento de reputación ajena debe tenerse presente que esa conducta está dirigida a beneficiarse “del posicionamiento de un producto como tal, de la fama y prestigio de la organización empresarial, o inclusive de la honestidad y transparencia de la venta del producto o en la presentación de un servicio, entre otras situaciones que podrían perjudicar constituir la imagen de una empresa”¹⁷.

La reputación del demandante no se presume sino que tiene que estar probada por quien cree tenerla, si ese hecho no se encuentra acreditado la acción para hacerla valer se cae por su peso, dado que no se puede pedir la protección de lo que no se tiene como sucedió en este caso.

La doctrina enseña: “la reputación hay que poseerla. No se presume ni es un hecho del que todo aquel que participe en el mercado, por esa simple razón, puede ufanarse (...). La necesidad de la existencia de la reputación para estimar su explotación como desleal implica para quien cree tenerla (el demandante), la carga de tener que demostrarla en el proceso como un elemento de la norma sin el cual la acción está llamada a fracasar por esta falencia, que tornaría el comportamiento en atípico, ya que no se puede exigir protección de lo que no se posee”¹⁸.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Quinta Edición. Víctor P de Zalalía S.A. Buenos Aires Argentina. 1981. Pág. 230.

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial del 28 de febrero de 2020. 197- IP-2019. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁸ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 184.

4. La parte inconforme censuró también que luego de la terminación del contrato, el comerciante minorista a pesar de distribuir combustible de Exxonmobil continuó usando los signos, banderas e imagen de la primera.

4.1. El inciso segundo del artículo 15 de la ley 256 de 1996, prevé: *“se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares"”*.

Sobre esa modalidad de explotación de la reputación ajena, la doctrina explica: *“se considerará como un acto de competencia desleal vinculado a la propiedad industrial, todo aquel que involucre un bien de propiedad industrial usualmente como medio o instrumento para lograr el efecto que la ley pretende reprimir”*¹⁹.

De igual modo, en ese evento *“no es necesario, inicialmente, demostrar por parte del demandante que existe un aprovechamiento y, por virtud de la fórmula utilizada por la ley, se invierte la carga de la prueba a favor de este, ya que le corresponderá al demandado demostrar que el uso de tales signos tiene respaldo legal o que el uso que se les dio no permitió una explotación de la reputación del titular de los mismos”*²⁰.

4.2. Para resolver este cargo se impone advertir que fue formulado sin socavar el argumento de primera instancia relativo a que en este juicio no se demostró que la demandante fuera titular de un signo distintivo como marca, color, nombre o enseña comercial, omisión que cierra de tajo la puerta a esta Corporación para examinar ese tema.

No puede pasarse por alto que el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, reflejado en el artículo 320 del Código General del Proceso impone *“[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión”* (negrilla fuera de texto).

¹⁹ METKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial III. Editorial Diké: Medellín. 2006. Pág. 196.

²⁰ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 182.

Si no se probó que la convocante fuera titular de un signo distintivo, tema que no es materia de apelación, bajo ninguna circunstancia puede concluirse que los demandados emplearon los mismos sin autorización hecho fundante del acto de competencia desleal que nos ocupa.

4.3. De otro lado, se pone de presente que el numeral 14) del artículo 22 del Decreto 4299 de 2005, en estrictez lo que ordena es que en una estación de servicio debe exhibirse la “*marca*” del distribuidor mayorista.

El artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, preceptúa: “[e]l derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”. Por eso se dice que “[e]l título o certificado de registro es (...) la única prueba idónea para acreditar la propiedad sobre la marca”²¹.

En tal sentido, si no se prueba el derecho sobre una marca mediante el aporte del correspondiente certificado de registro, tema que como se dijo no es materia del recurso de alzada, la acción de competencia desleal no puede usarse para proteger solo un presunto uso.

Sobre el tema, enseña la doctrina: “en el caso de las marcas, es bien sabido que la Decisión 486 consagra un sistema atributivo para su adquisición, esto, que solo mediante su registro se adquiere la propiedad sobre las mismas. En consecuencia, el uso para efectos de determinar la propiedad sobre la marca resulta irrelevante”²².

Lo anterior porque “la protección que contempla la norma de competencia desleal no puede interpretarse en un sentido que desvirtúe tal sistema [atributivo](...). En aras de la seguridad jurídica, quien usa y no registra una marca pierde las prerrogativas que le concede la norma, de manera que el régimen de competencia desleal no puede aplicarse para desvirtuar la “sanción” que por tal hecho se desprende del sistema de propiedad industrial”²³.

4.4. No sobra advertir, a pesar de que en la sentencia recurrida se sostuvo que no se había demostrado la utilización de la imagen en la estación de servicio Villa Yenny durante el periodo reclamado por existir contradicción entre dos

²¹ METKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial. Editorial Diké: Medellín. 2001. Pág. 83.

²² METKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial III. Editorial Diké: Medellín. 2006. Pág. 196.

²³ METKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial III. Editorial Diké: Medellín. 2006. Pág. 196.

testigos, el interesado nada dijo al respecto en esta instancia, cerrando una vez más la puerta a esta Colegiatura para analizar esa situación.

Véase, se concluyó que a pesar de que Gabriel Franco aseveró que la imagen de la actora todavía se encontraba en ese sitio en febrero de 2014, y que para marzo y abril se estaba desmontando, también se sostuvo que Marta Patricia Chávez declaró que no estaban allí para esa fecha, se itera sin que la parte recurrente diera una sola razón para restarse credibilidad a esta manifestación.

Sin embargo, si se observa el material fotográfico con el que se pretendió respaldar la aseveración del señor Gabriel Franco (fls. 79 y ss), en puridad afianzan más lo manifestado por la señora Martha porque no revelan el uso de signos que identifiquen a la recurrente.

Obsérvese que en esas fotografías no se advierte el uso de una marca, color, nombre o enseña comercial que identifique a la demandante. Contrariamente, se avizora que algo está cubierto con una tela, canopy -techo- blanco, nombre de la estación Villa Yenny y precios, percepciones de las que no puede colegirse el uso de signos distintivos de titularidad de la actora.

El Juzgador de primer grado también concluyó que no se demostró cómo era la imagen de la demandante para establecer si había un uso de colores o elemento que pudiera corresponder a la misma. Sin embargo, una vez más la interesada omitió formular reparo concreto sobre ese tema, impidiendo de esa manera analizar ese tema en este grado de conocimiento.

4.5. Se alegó que José Gabriel Vengoechea dijo que solo hasta abril de 2014 tuvo conocimiento del retiro de los signos de la actora, hecho que fue confesado por el señor Rodríguez.

Escuchada la declaración del señor Vengoechea surge que es un testigo de oídas, sostuvo que fue Gabriel Franco quien le contó para esa fecha que habían retirado la bandera y por eso no puede darse valor demostrativo de ese hecho²⁴.

²⁴ CSJ. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006). Referencia: Exp. No. 11001-31-10-011-2002-00405-01. *“Esta Corporación ha señalado, en torno a los testimonios de oídas o ex auditur, que “frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir estos deponentes,*

José Agustín Rodríguez, con respecto a las banderas dijo que desde el 20 de noviembre empezó a desarmar, llamaba al señor Franco para que retirara sus accesorios, como este no fue, la sociedad demandada los retiró como en diciembre o enero y al preguntarle por las fotos obrantes en el expediente dijo que eran de esas fechas.

Expresó que el logo se tapó como en enero pero inversamente que esa medida se tomó cuando desmontó el canopy como en diciembre, sostuvo que la instalación de letreros se inició como el 20 de noviembre hasta los últimos días de enero y que mientras eso se hacía estaban cubiertos los de la actora y que para febrero los quitaron.

De la declaración del señor Agustín no emerge confesión de que hubiese usado signos distintivos de la demandante hasta abril de 2014 para la venta de combustibles derivados del petróleo, sino que con anterioridad a esa fecha los empezó a desarmar, periodo durante el cual estuvieron cubiertos, manifestación que también se afianza con las citadas fotografías.

Lo visto derriba cualquier vestigio del acto de competencia desleal denunciado, sobre todo cuando de manera devastadora se concluyó que la demandante no demostró ser titular de algún signo distintivo, tema pacífico en esta instancia al que debe estarse esta colegiatura.

5. Con respecto a la desviación de clientela se denunció que Exxonmobil sostuvo que el contrato celebrado por la actora con el comerciante minorista terminaba por volumen sin haber verificado, acontecer que fue concluyente para la terminación de ese negocio jurídico por parte de este último.

5.1. De conformidad con el artículo 8 de la ley 256 de 1996, *“se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”*.

el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que ha expresado al declarante alguna de las partes” (CLXXXVIII, 307, reiterada en cas. civ. 18 de abril de 2001, Exp. 5943”.

De la mano de la doctrina *“para establecer la deslealtad de este comportamiento se debe analizar los medios que se utilizan para la desviación de la clientela y no el objeto o efecto del comportamiento, ya que el propósito de la competencia y motor para la innovación, sencillamente se convertiría todos los actos mercantiles en desleales”*²⁵.

Debe tenerse en cuenta que *“cualquier medio que se utilice para desviar la clientela es válido, salvo aquellos que sean contrarios a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial sin especificar un comportamiento concreto”*²⁶.

Con respecto *“al concepto de acto contrario a los usos y prácticas honestos, el Tribunal [de Justicia de la Comunidad Andina] ha considerado que son actos que se producen, precisamente, cuando se actúa con la intención de causar daño o de aprovecharse de situaciones que pueden perjudicar al competidor”*²⁷.

5.2. No es materia de debate que entre Brio de Colombia S. A. (absorbida por Biomax Combustibles de Colombia S. A. hoy Primax Colombia S. A.) y el señor José Agustín Rodríguez se celebró un contrato de suministro regulado por las condiciones contenidas en la oferta mercantil del 23 de mayo de 2006 (Cfr. Laudo Arbitral del 26 de octubre de 2015, fls. 43 C1).

Tampoco se rebate que el señor Rodríguez remitió a la demandante comunicación del 12 de septiembre de 2013, mediante la cual informó que daba por terminado dicho contrato a partir del 31 de octubre de 2013 (fls. 58 C2).

De igual manera, no se discute que el 5 de noviembre de esa anualidad el comerciante minorista suscribió contrato de operación de estaciones de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes con ExxonMobil. (fls. 94 C4).

En la misma línea es pacífico que el acercamiento entre los demandados inició desde mayo de 2013, época en la que Agustín Rodríguez todavía tenía una

²⁵ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. .50.

²⁶ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 23.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial del 28 de febrero de 2020. 197- IP-2019. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

relación comercial con la actora, de manera que la controversia gira entorno a determinar si el medio que utilizó la sociedad convocante para captar ese cliente reviste las características de un acto de competencia desleal.

5.3. Independiente de que sus razones resultaran o no fundadas de cara al negocio que tenía con la actora, el señor Rodríguez²⁸ en su declaración dejó ver que para el momento en que inició conversaciones con la sociedad convocada, estaba convencido de que dicho contrato estaba terminado.

Nótese, dijo que entregó el contrato a la señora Martha Patricia ejecutiva de Exxonmobil para que lo examinara pero *“de todas maneras mi contrato había terminado con Brío de Colombia S.A.”*, y sostuvo que Gabriel Vengoechea ejecutivo de esta última había dicho que ese vínculo jurídico estaba terminado.

De igual forma, a pesar de que refirió que entregó dicho documento a la señora Martha Patricia porque no quería hacer algo que no fuera legal, manifestación de la que podría entenderse que estaba esperando respuesta para interiorizar que estaba terminado, esa opción desaparece cuando no se pierde de vista que dijo *“de todas maneras el contrato estaba terminado yo no tenía ningún problema en prestar el contrato”*.

De esas manifestaciones refulge patente que ese señor desde antes de entablar negociaciones con la sociedad demandada estaba convencido de que el memorado contrato se encontraba terminado por cumplimiento del volumen, apartando cualquier probabilidad de entender que fue engañado por la sociedad demandada en ese sentido.

5.4. Con respecto a que no se hicieron verificaciones, se tiene en cuenta que Martha Patricia Chávez²⁹ gerente de territorio de Exxonmobil dijo que desde antes de la primera cita con el señor Agustín, vía telefónica este le dijo que estaba interesado porque su contrato con la actora estaba terminado.

²⁸ Audiencia del 29 de enero de 2018. minuto 41:40.

²⁹ Cd. Fls. 126 C4, audiencia del 373 CGP, 25 de mayo de 2018. Video 2018-05-25-14-01-54-030.

Relató que el mismo manifestó que estaba molesto con la demandante porque no pagaba descuentos y que recibió copia de ese negocio con la finalidad de rectificar la totalidad del volumen que decía la cláusula.

Dijo también que “*Alejandro*” administrador de la estación de servicio citada, sacó un computador, entró a la página del SICOM, miró un archivo histórico de volumen con el que se refirió que se había cumplido, manifestación por las que la declarante refirió que necesitaba verificar pidiendo asesoría a su departamento legal en donde manifestaron que el cliente tenía la razón.

Ricardo Forero³⁰ abogado de la sociedad demandada, describió que revisó el contrato y que en una de sus cláusulas decía que terminaba por cumplimiento del volumen, cosa que se verificó junto con en el departamento jurídico, motivo por el que dijo a Martha Patricia Chávez que la versión del señor Agustín era cierta, y que esa finalidad solo tuvo en sus manos el contrato y no verificó si se había cumplido el volumen.

En lo que tiene que ver con que no se verificó el volumen consumido por el señor Agustín, se tiene que desde el momento en que este entregó el contrato a la sociedad demandada puso en conocimiento de esta que la cantidad estipulada en el controversial negocio estaba cumplida mediante la visualización del correspondiente reporte.

La sociedad demandada no incurrió en un acto contrario a los usos y prácticas honestas. No refulge de la cronología una verdadera “*intención*” de causar daño y menos “*el aprovechamiento*” de una situación que podía perjudicar al competidor, pues se itera, el comerciante minorista siempre estuvo convencido de que su contrato estaba terminado por volumen y no fue en estrictez producto de la conducta de la demandada.

5.5. Se censuró que se dio validez al *obiter dictum* del Laudo Arbitral, se pasó por alto que el contrato terminaba por plazo y no por volumen, se desconoció el principio de cosa juzgada, motivo por el que el análisis que hizo la sociedad demandada no fue razonado.

³⁰ Cd. Fls. 126 C4, audiencia del 373 CGP, 25 de mayo de 2018. Video 2018-05-25-14-01-54-030.

Ciertamente en el Laudo Arbitral del 26 de octubre de 2015, emitido en el trámite adelantado por Biomax Biocombustibles S. A. en contra de José Agustín Rodríguez Silva, se declaró que entre estos se celebró contrato de suministro por el término de 10 años, mismo que incumplió el convocado por dejar de adquirir combustible desde noviembre de la misma anualidad, y se condenó al pago de perjuicios (fls. 73 C1).

No obstante, entender que ese contrato terminaba por volumen no es una opción que se aleja de toda realidad como para entender que correspondió a un acto deshonesto o con la intención de causar daño para la desviación del cliente.

Basta tener en cuenta que con respecto a la duración del contrato en esa providencia se dijo:

Efectivamente existe contradicción entre los consignado en la cláusula II de la oferta (termino de suministro), y los especificado en el punto 2.3. de las condiciones generales de la oferta (...).

De acuerdo con el contenido textual de la cláusula II de la oferta o condiciones individuales, resulta evidente que el término de duración del contrato, se entiende terminado o expirado, cuando se haya adquirido y pagado el producto total objeto del suministro, que de conformidad con lo acordado en la cláusula 2.1. de las condiciones generales de la oferta, corresponde a 3.600.000 galones de combustible derivados del petróleo. Es decir (...) la duración del contrato dependería, exclusivamente, del evento consistente en que el consumidor adquiriera y pagara **el volumen** de combustible (...).

Por su parte, y de manera contraria, en punto 2.3. de las condiciones generales de la oferta, se dispuso que el término de duración contractual no dependerá del consumo y pago de los 3.600.000 galones de combustible, sino del plazo pactado específicamente en 10 años (fls. 54 C1, negrilla fuera de texto).

Es la misma providencia la que pone de manifiesto que el citado contrato tenía contradicción entre cláusulas y que una de ellas daba a entender que terminaba por volumen. A pesar de que en ese trámite se dio prioridad a la terminación por plazo, la situación descrita impide entender que la demandada actuó contrariando lo usos honestos en materia comercial.

Este camino no desconoce las conclusiones del Laudo Arbitral en punto a la terminación de ese contrato, no se está proclamando algo distinto, simplemente se tiene en cuenta que en el mismo se dijo que existía contradicción en sus

estipulaciones y que una de ellas permitía concluir que terminaba de forma diferente -por volumen- que fue lo que vio la sociedad demandada.

Esa conducta no puede verse como errónea o engañosa. No se aleja de lo que podía colegirse de las cláusulas de ese negocio, menos cuando el minorista desde antes de que se acercara a la sociedad demandada estaba convencido que su contrato había terminado por volumen.

6. En lo que respecta a los actos de prohibición general, reclama la demandante que se confundió su intención porque la violación de norma denunciada no encuadra en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, sino en los primeros.

6.1. El artículo 7 de la Ley 256 de 1996, consagra: “[q]uedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”.

Con respecto a esa regla la doctrina explica: “[l]egar a la cláusula general implica que el comportamiento no se subsumió en alguno de los actos (...). No obstante, la amplitud de su redacción no debe servir de caja de utilería para acoger todo tipo de comportamiento, sino aquellos que, además del tinte desleal, falseen o restrinjan la competencia”³¹.

Esa cláusula constituye “el cierre al sistema, esto es, aquella norma en la que se pueden tipificar todas aquellas conductas atípicas, por no poderse subsumir en alguno de los comportamientos específicos que siendo de mercado y con finalidad concurrencial, tiene un carácter desleal, esto es, contrario a los parámetros de la buena fe mercantil”³².

6.2. La parte actora denunció que los convocados incumplieron lo dispuesto en el numeral 14) del artículo 22 y numeral 9 del artículo 15, ambos del Decreto 4299 de 2005, insiste en que esa conducta se enmarca es en los actos de prohibición general (art. 7 Ley 256 de 1996) y no en el de violación de norma (art. 18 Ley 256 de 1996).

³¹ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal el Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 249.

³² DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La Competencia Desleal el Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2014. Pág. 251.

La violación de normas corresponde a un acto de competencia desleal cuando cumple los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, puntualmente cuando a través de esa conducta se obtiene una ventaja competitiva significativa frente a los demás competidores, cosa que no ocurrió según lo admite el mismo recurrente, razón por la cual no puede entenderse que revista la calidad de acto de competencia desleal.

6.3. Pasando inadvertido lo anterior el resultado sería el mismo. Si bien es cierto la utilidad de la cláusula general de prohibición *“radica precisamente en ofrecer repuesta a la reprensión de aquellas conductas que no encuentran tipificación en los comportamientos desleales que se describen en los preceptos posteriores”*³³, también lo es que olvidó la parte recurrente denunciar en la demanda la razón por la que esa infracción normativa encajaba en este supuesto normativo.

Esa regla reprime los actos de competencia desleal, consagra que estos se estructuran cuando resultan contrarios a las sanas costumbres mercantiles, a los usos honestos en materia industrial o comercial, cuando estén encaminados a afectar o afecten la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial en el mercado (artículo 7 de la Ley 256 de 1996).

No obstante, no se describió en el libelo genitor un supuesto fáctico concreto que permita efectuar la subsunción de esa conducta en dicha norma, es decir se echa de menos un resultado específico que revele que la infracción normativa se tinturó de acto de competencia desleal.

No se enunció cuál era la costumbre mercantil contrariada con esa conducta, menos la manera por la cual reviste la calidad de acto contrario a los usos honestos, esto es, en qué consistió el daño producido por ese hecho o la manera en que puede perjudicar a los competidores.

Tampoco se alude a una consecuencia precisa que permita verificar si se traduce en una afectación a la libertad de decisión del consumidor o dañosa para el funcionamiento concurrencial del mercado, razones todas que impiden analizar

³³ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. TI. Tirant Lo Blanch: Valencia España. 2008 Pág. 311.

si adquirió la calidad de acto desleal de los que describe la cláusula general de prohibición.

Proceder de manera distinta es pasar por alto la prohibición contenida en el artículo 281 del Código General del Proceso que dice: *“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”*.

En ese orden, como no aparece de manera clara la razón por la que a juicio de la parte actora dicha infracción normativa correspondía a un acto de competencia desleal de cara a sus efectos, esa omisión imposibilita examinar si encuadra en el acto de prohibición general en que se insiste en esta instancia.

7. Rebate el recurrente que la valoración del indicio grave derivado de la falta de exhibición de documentos fue indebida porque a través de estos no solamente se buscaba demostrar perjuicios, sino también el acto de desviación de clientela.

7.1. En la providencia objeto de recurso de alzada se concluyó que el nefasto resultado del análisis de los actos denunciados no cambiaría aun cuando se aplicara el indicio grave derivado de la falta de exhibición de documentos porque estos estaban encaminados a demostrar hechos relacionados con las pretensiones indemnizatorias.

Pese a que la parte actora sostiene que con esos documentos buscaba también demostrar actos de competencia desleal, olvidó que en este proceso quedó establecido el efecto procesal derivado de esa falta de exhibición sin que hubiese replicado nada al respecto.

Véase, en audiencia del 11 de julio de 2018, en primera instancia se dijo que no se encontró causa justificativa para que no se hubiese efectuado la exhibición de actas de asamblea, junta directiva y libros de comercio por parte de ExxonMobil de Colombia S. A..

Por lo anterior se resolvió aplicar como consecuencia procesal indicio grave en contra de esa sociedad, pero respecto de “*perjuicios*”, determinación que si se mira bien se ejecutorió en silencio de la interesada³⁴.

De esa manera, lejos está ese indicio grave que apuntó a demostrar que se causaron perjuicios para tenerlo como hecho indicador y suficiente de la conducta desleal de desviación de clientela, y menos por las razones analizadas.

Igualmente ocurre con el efecto que se pretende derivar de la queja relativa a que los demandados no facilitaron la documental necesaria para la elaboración de un dictamen pericial cuyo objeto era tasar perjuicios.

7.2. El mismo rumbo hay que darle a la conducta de los testigos que a juicio de la demandante fueron contradictorios, quienes pretendieron hacer ver que el señor Agustín fue quien solicitó concepto a la sociedad demandada cuando esa era su estrategia para captar clientes, dado que como quedó visto el concepto emitido no se alejó del contenido contractual del negocio tantas veces citado.

8. En conclusión, los puntos de apelación resultan estériles, lo que implica que se refrendará la sentencia confutada.

9. Se condenará en costas a la demandante en favor de la parte convocada, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO. **Confirmar** la sentencia proferida el 11 de julio de 2018, por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el asunto en referencia.

³⁴ Audiencia del 11 de julio de 2018, minuto 8:24, video 0-2018-07-11 13-1754-043.

SEGUNDO. **Condenar** a la demandante a pagar las costas por el trámite de la segunda instancia y en favor de los demandados. Como agencias en derecho el Magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados³⁵,

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTÁ, D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b6650a0ae407755da3eb807b18265f262362297a314ac5b0a5ec56805773373b

³⁵ Documento con firma electrónica colegiada.

Documento generado en 07/05/2021 01:45:24 PM