



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC5473-2021

Radicación n° 11001-31-99-001-2017-40845-01

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

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal que Inalambria Internacional S.A. promovió contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó declarar que la convocada incurrió en el acto de competencia desleal de violación de normas, prohibido en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, que le impidió desempeñarse en condiciones competitivas en el mercado de servicio de mensajes de texto; y se le condene al pago de los perjuicios ocasionados y que en lo sucesivo se causen, los cuales estimó en \$6.508'248.905.

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

2.1. El 1 de enero de 2010 el Banco BBVA e Inalambria Internacional celebraron contrato para la prestación del servicio de mensajería móvil empresarial «SMS» (Short Message Service), por medio del cual esta entidad se obligó con aquella a transmitir mensajes de datos en pantalla de telefonía celular con destino a los clientes del Banco, convenio que fue modificado a través de 10 otrosíes.

2.2. Con el fin de cumplir sus actividades de Integrador Tecnológico y especialmente las adquiridas con el Banco BBVA, Inalambria suscribió otro acuerdo de voluntades con Colombia Telecomunicaciones, como Proveedor de Redes de Servicios y Telecomunicaciones «PRST», para el envío y/o recepción de mensajes de texto SMS, por lo cual entre éstas dos empresas nació una relación de acceso a la red.

2.3. A raíz de la expedición de la Resolución 4458 de 14 de abril de 2014 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en virtud de la cual amplió la regulación que fija límites a las tarifas de acceso eficiente para el segmento de mensajes SMS, los precios máximos de este servicio fueron reducidos en los términos de la Resolución 3500 de 2011 de tal Comisión, favoreciendo a todos los proveedores que hicieran uso de las redes, lo que incluye a otros proveedores de redes y servicios, a los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones «PCA» y a los Integradores Tecnológicos.

2.4. Con ocasión de la nueva regulación plasmada en la Resolución 4458 mencionada, el 2 de mayo de 2014 Inalambria firmó con el Banco BBVA un otrosí al contrato de prestación del servicio de mensajería móvil empresarial «SMS», para reducir las tarifas pactadas; pero el Banco insistió en valores inferiores por lo que durante el año 2014 ambas empresas cruzaron diversas propuestas, sin lograr acuerdo, truncándose tal relación a partir del 17 de febrero de 2015.

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

2.6. Colombia Telecomunicaciones sólo acató esas decisiones a partir de 28 de marzo de 2016, según Acta N° 3 del Comité Mixto de Acceso, en la que además reconoció a favor de Inalambria los valores cobrados en exceso entre el 15 de abril de 2014 y el 28 de marzo de 2016, periodo durante

el cual transgredió las Resoluciones 4458 de 2014, 4779 y 4827 de 2015 de la CRC, la primera de carácter general y las dos restantes de índole particular, pues aplicó a Inalambria una tarifa superior a la regulada para el acceso a su red, incurriendo en la conducta de competencia desleal prohibida en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, ya que vulneró tal normativa, obtuvo una ventaja competitiva y significativa frente a Inalambria, como competidor directo en el mercado de mensajería de texto corporativa SMS, generándole perjuicios.

2.7. En el mes de octubre de 2016 fue restablecida la relación comercial entre Inalambria y el Banco BBVA.

3. Tras su vinculación al pleito, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP guardó silencio dentro del lapso concedido para contestar la demanda.

4. Una vez agotadas las fases del juicio, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, con sentencia de 8 de agosto de 2018, accedió a la pretensión declarativa y condenó a la convocada al pago de \$3.473'600.000 por concepto de perjuicios.

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

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

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

3.2. En cuanto a la obtención de una ventaja competitiva y significativa consideró que debe ser de tal impacto que posicione en el mercado al infractor, otorgándole mayor beneficio sobre el resto de los competidores, lo que no fue acreditado en el plenario con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas.

Además, el dictamen pericial practicado sólo tuvo el propósito de establecer los valores dejados de percibir por la demandante respecto del contrato que suscribió con el Banco BBVA, así como el cobro excesivo que hizo la convocada al desatender la Resolución 4458 de 2014 de la CRC; entonces lo único que acreditó la accionante fueron los contratos que suscribió con la enjuiciada y con el Banco BBVA.

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

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

Por ende, aunque la actuación de Colombia Telecomunicaciones sí implicó la pérdida para Inalambria Internacional de la relación que tenía con el Banco BBVA por los costos elevados en el uso de la red de la demandada, no se configura el acto de competencia desleal deprecado.

4. De otro lado, la transacción mencionada por la encartada con posterioridad al lapso concedido para contestar la demanda no basta para desestimar las pretensiones, pues el perjuicio reclamado corresponde a la tarifa excesiva aplicada por Colombia Telecomunicaciones a la accionante, entre el 15 de abril de 2014 y el 28 de marzo de 2016, y aunque ambas transigieron los efectos de dicho incumplimiento, este acuerdo sólo tuvo por objeto la relación contractual que las ataba, no los efectos adversos de dicha desproporción en las demás relaciones contractuales de la promotora.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Inalambria Internacional planteó dos cargos contra la sentencia del tribunal, fundados en las causales 3ª y 1ª del

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

CARGO PRIMERO

Al amparo de la causal 3ª de casación, la recurrente censura al tribunal por pronunciarse sobre aspectos ajenos a los expuestos en las apelaciones interpuestas por ambas partes contra la sentencia de primera instancia, a pesar de que el canon 320 del ordenamiento adjetivo citado limita la competencia del juzgador *ad-quem* a los reparos expuestos en las alzas, salvo que todas las partes hubieren recurrido íntegramente el fallo según se desprende del tenor literal del inciso 2º del canon 328 de la misma obra, lo que no ocurrió en el *sub lite* pues la convocante expresamente anunció que sólo disentía de los apartes que le fueron desfavorables, específicamente la negativa al reconocimiento del daño emergente pedido y estimado con juramento.

Y la demandada esgrimió apelar toda la sentencia por no haber incurrido en el acto de competencia desleal endilgado ya que su conducta fue atípica, además alegó la inexistencia de relación causal entre los daños reclamados y concedidos por el tribunal respecto de la conducta desplegada por Colombia Telecomunicaciones, que el juzgador no observó los errores de los dictámenes periciales recaudados, que el fallo fue incongruente por afirmar que Colombia Telecomunicaciones robó a la demandante el

cliente Banco BBVA, no valoró cómo las alegaciones de Inalambria desdican de sus propios actos y del principio de vigencia de los actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que tampoco existió violación de la regulación sectorial vigente porque la relación entre los litigantes no era de acceso, que las diferencias de interpretación normativas no pueden dar lugar al acto de competencia desleal demandado y que la sentencia de primer grado debió acoger la transacción alegada.

Así las cosas, señaló la inconforme, la enjuiciada no arguyó que la ventaja competitiva que adquirió, según lo estableció el fallo del estrado judicial *a-quo*, careciera de significancia.

Por consecuencia, no era de recibo que el tribunal se pronunciara sobre todos los presupuestos axiológicos del acto de competencia desleal alegado, como quiera que las dos apelantes no censuraron íntegramente la decisión de primera instancia, pues la promotora expresamente refirió que su alzada era parcial.

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso, a partir del 1º de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5º, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «las

leyes vigentes cuando se interpusieron», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. El artículo 305 del anterior estatuto procesal civil, equivalente al 281 del Código General del Proceso, establece que *«la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta».*

De allí se desprende que al juzgador le está vedado imponer una condena que supere las súplicas del reclamante, pronunciarse sobre un objeto distinto al delimitado por los contendores o por una causa diferente a la invocada por ellos, al paso que está obligado a resolver los que sí fueron expuestos; todo sin menoscabo del ejercicio de sus facultades oficiosas.

En relación con esto la Sala ha decantado:

(...) son los involucrados en el conflicto, con sus escritos, quienes delimitan el contorno del debate, fijando las pautas a tener en cuenta al momento de desatar la litis y restringiendo, por ende, la labor del funcionario encargado de resolverla. De esa forma, el desconocimiento del querer explicitado se constituye en una irregularidad en la producción del fallo, ya sea por referirse a puntos no sometidos a discusión, acceder a menos de lo pedido o

desbordando los alcances esbozados (...) Al respecto la Sala en SC de 18 de diciembre de 2013, rad. 2000-01098-01, precisó que (...) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley (...) Y en ese mismo pronunciamiento recordó como (...) La Corporación tiene dicho al respecto que '[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso'. (CSJ SC8410 de 2014, rad. 2005-00304).

Como regla de principio, no incurre en incongruencia el fallador cuando desestima totalmente las súplicas de la demanda, porque tal decisión repele cualquier exceso u omisión en la resolución del debate, habida cuenta que *«(e)ste motivo de impugnación, en principio, es ajeno a los fallos completamente adversos a quien provoca el conflicto, en la medida que brindan una solución íntegra frente a lo requerido y sus alcances totalizadores no dejan campo para la duda o la ambivalencia. En otras palabras, se niega lo que se pide y, por ende, no puede decirse que exista una contradicción por el sólo hecho de que el reclamante insista en un propósito y el funcionario no encuentre soporte al mismo.»* (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01).

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

Igual yerro comete el funcionario judicial si tiene por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo de una de las partes, como la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.

Así lo precisó la Corte al considerar:

(...) en el caso de que la decisión absolutoria sea el producto de un desvío considerable de los hechos consignados en el libelo o haciendo caso omiso a los alegatos oportunamente presentados por los intervinientes, desbordando los límites allí trazados al elaborar una interpretación personal del asunto, que dista del querer expreso de las partes, tal proceder constituye un defecto que puede ser objeto de revisión. Lo que también ocurre si se tienen por probadas, de oficio, las defensas que omitió plantear el opositor al apersonarse del proceso, estando a su exclusivo cargo, como sucede con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación. (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098).

Por lo tanto, para la prosperidad de la causal segunda prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, hoy numeral tercero del canon 336 del Código General del Proceso, es menester que el recurrente demuestre un exabrupto palpable entre lo narrado y exigido en la demanda, así como lo planteado en las defensas del oponente, frente a

lo que aparece consignado en el fallo, de tal manera que se note de bulto cómo lo decidido es extraño al debate.

3. Otra modalidad de incongruencia corresponde al exceso en que incurre el funcionario judicial de segunda instancia al decidir el recurso de apelación desbordando los temas objeto de la alzada.

Ciertamente, se trata de la aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, consagrado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, hoy 328 del Código General del Proceso, a cuyo tenor «*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.*»

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

Sobre esto la Sala razonó que:

Esta limitación es la expresión de un principio general del derecho procesal, según el cual el juez que conoce de un recurso está circunscrito a lo que es materia de agravios, dado que no está facultado para despojar al apelante único del derecho material que

le fue reconocido en la providencia recurrida, y que fue aceptado por la contraparte que no impugnó un extremo del litigio que le desfavoreció. De este modo, lo que no es materia de impugnación se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial, por lo que la alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados. (CSJ SC4415 de 2016, rad. 2012-02126).

En la misma providencia esta Corporación concluyó *«[l]uego, la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnaticia), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido.»*

4. No obstante lo anterior, la Corte colige impróspero el cargo bajo estudio, en tanto no es absoluta la restricción dirigida al juzgador de segundo grado tendiente a evitar que se pronuncie sobre materias no expuestas en la impugnación sometida a su conocimiento, porque un veredicto en tal sentido denota el cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, lo que, por contera, evidencia que se trata de una potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación.

En efecto, la resolución de este mecanismo de defensa trae implícitos, además de los reproches incoados por los recurrentes, otros de forzoso pronunciamiento, tal cual lo revela el canon 328 del Código General del Proceso, al señalar que *«[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante,*

sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley». (Destacado ajeno).

En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse *motu proprio*, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, *verbi gratia*, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos.

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

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

implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, *«[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo...»* (CSJ SC4574 de 2015, rad. 2007-00600-02).

Es decir, la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte sobre el punto decantó, en pronunciamiento que refería a la legitimación de las partes pero que guarda simetría con el presente, que *«cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.»* (CSJ SC2642 de 2015, rad. 1993-05281).

5. En suma, no se configura el vicio de incongruencia cuando el juzgador de segundo grado analiza la satisfacción de los presupuestos de la pretensión radicada por el demandante, aun cuando estos no sean objeto de reparo en la apelación (SC3918 de 2021, rad. 2008-00106).

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

CARGO SEGUNDO

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

En la segunda eventualidad, añadió el reproche, cuando las normas son expedidas para corregir una ventaja competitiva que genera falla o desviación en el mercado, no es necesaria la concurrencia de la ventaja competitiva significativa prevista en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 para que se configure el acto de competencia desleal allí previsto, porque la trasgresión del precepto implica por sí misma la obtención de esa ventaja competitiva a favor del infractor, la cual se entiende significativa.

Ejemplo de estas reglas son las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en virtud de las cuales interviene el mercado de las comunicaciones, buscando corregir fallas o desviaciones que generan ventajas competitivas a favor de uno o varios participantes y en contra de sus competidores.

Y en el *sub judice* se tuvo por acreditado que ambas partes son comerciantes; su condición de competidores en el mercado de transmisión de mensajes datos SMS; la violación de las Resoluciones 4458 de 2014, 4779 y 4827 de 2015 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones por la enjuiciada al cobrar a la demandante \$73.99 por cada mensaje de texto, no obstante que el valor máximo para el año 2014 era de \$9.28, en el 2015 era de \$5.45 y en el 2016 \$3.18; que Colombia Telecomunicaciones suscribió con el Banco BBVA una orden de servicio de fecha 12 de noviembre de 2014 cobrando mensajes de texto a \$22,04 cada uno; y que la primera de las aludidas Resoluciones fue expedida para corregir una falla en el mercado porque los

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

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

Y es que la palabra «*competencia*» trasluce una «*[s]ituación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*»¹, la cual sólo es posible con la participación del mayor número de agentes posible, actuando en condiciones de simetría y lealtad.

La Sala tiene dicho que «*la ‘libre competencia económica’... responde a las necesidades del mercado de capitales y actúa en contraposición a las prácticas monopolísticas, proscritas en la Carta Magna al tenor del artículo 336, salvo que se instituyan como arbitrio rentístico ‘con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley’*» (SC, 13 oct. 2011, rad. n.º 2007-00209-01). Esto debido a que «*ni desde el punto de vista mercantil, ni mucho menos del jurídico, es posible concebir una competencia omnímoda o ilimitada, donde solamente rija la salvaje y desenfrenada lucha por el mercado, porque en el marco del Estado Social de Derecho, este derecho, como todos los otros, sólo tiene sentido si se entiende bajo la pauta interpretativa de un principio de*

¹ Aceptación tercera del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en www.rae.es.

igualdad de los competidores frente a la ley» (SC, 19 nov. 1999, rad. n.º 5091).

La Corte Constitucional ha conceptualizado:

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

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

1.1. Por la variedad de temas involucrados, el estudio del derecho de la competencia «se ha dividido, tradicionalmente, en dos grandes segmentos, a saber, por una parte, las denominadas prácticas comerciales restrictivas, que incluyen actualmente el estudio de los abusos de posición

dominante así como el análisis de algunas integraciones empresariales, y por la otra, los actos de competencia desleal» (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01); vertientes que tienen una finalidad propia, como lo ha sostenido esta Corporación:

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

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

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

Adicionalmente, con el decreto 2153 de 1992 se realizó un listado de conductas consideradas como contrarias a la libre competencia (artículos 47 y 48) y enumeró los casos que constituyen abuso de posición dominante (artículo 50).

Más recientemente se expidió la ley 1340 de 2009, en la que se agregaron reglas *«en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional»* (artículo 1º).

En el ámbito subregional andino se tiene un régimen especial *«de prácticas restrictivas de la libre competencia»*, comprensivo de los *«acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas»* y el *«abuso de posición dominante en el mercado»* (Decisión 285 de 21 de marzo de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones).

Frente a la deslealtad negocial, con la ley 256 de 1996 se consagró el principio de que *«[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial»*, y se tipificaron los actos que se estiman contrarios a este principio (artículos 7º a 19).

Se suma, tratándose de la propiedad industrial, el listado especial de conductas contrarias a la sana

competencia contenido en el artículo 10 bis del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

1.2. Ahora, por su importancia para el presente caso, conviene recordar que la competencia desleal es el conjunto de actos que tienden a falsear el recto funcionamiento del mercado por medio de conductas tendientes a *«provocar la confusión del comerciante con otro, o los productos del comerciante con los del competidor, las maniobras de descrédito respecto de los productos de éste, los actos que persiguen la desorganización de la empresa rival, o, en fin, los que buscan la llamada desorganización del mercado»* (SC, 12, sep. 1995, rad. 3939), el cual ha sido objeto de variados desarrollos legislativos en nuestro país.

1.2.1. Inicialmente, con el artículo 65 de la ley 31 de 1925 se acotó la competencia desleal al *«acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival»*.

Con posterioridad, mediante la ley 59 de 1936 se aprobó la *Convención sobre protección marcaría y comercial*, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929, la cual consideró

como desleal «[t]odo acto o hecho contrario a la buena fe comercial al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles» (artículo 20), para lo cual se hizo un listado de conductas (artículo 21).

El Código de Comercio representó un cambio de paradigma al establecer, como uno de los deberes de los comerciantes, el de «*abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal*» (numeral 6º del artículo 19), así como consagrar un listado exhaustivo de conductas constitutivas de la misma -artículos 75 a 77- y señalar las consecuencias derivadas de este comportamiento.

1.2.2. En concordancia con el artículo 333 de la Carta Política y en armonía con el ordenamiento convencional, Colombia adhirió al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, mediante la expedición de la ley 178 de 1994, adquiriendo la obligación de «*asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal*» (núm. 1, art. 10 bis) y acoger en su legislación interna las reglas según las cuales «*[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*» (num. 2, ídem).

Particularmente debía prohibir «*1) [c]ualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el*

establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir a público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.» (Ejusdem).

En desarrollo de tal compromiso convencional fue promulgada la ley 256 de 1996, cuyo capítulo inicial, contentivo de las disposiciones generales, señaló como objeto de la ley garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los participantes en el mercado; su ámbito de aplicación a los actos de competencia desleal realizados en el mercado y con fines concurrenciales; innecesaria la condición de comerciante para el sometimiento a las restricciones allí previstas; un marco territorial enfocado en los efectos de las conductas descritas y su incidencia o que esté llamada a tenerla en el mercado colombiano; el concepto de las prestaciones mercantiles y la regla de interpretación según la cual la hermenéutica que rige ese ordenamiento debe guardar consonancia con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres, con la limitante del bien común, así como competencia económica y libre, leal pero responsable.

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

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

El enfoque de la competencia desleal, por ende, está dirigido a la defensa de los consumidores, preservar el buen funcionamiento del mercado, así como los intereses de los empresarios que intervienen en él. Se trata de un régimen en el cual se abordan los casos específicos entre comerciantes, consumidores y demás participantes, al contrario del régimen de prácticas comerciales restrictivas que apunta a resolver una finalidad colectiva.

De allí que el inicial «modelo profesional» o de corte individualista, erigido en criterios de enjuiciamiento sopesados en la incorrección profesional y en razonamientos morales, experimentó gran cambio al establecer deberes objetivos de abstención o reglas objetivas de conducta², con el advenimiento del «*modelo social*»³, que tiene como sus dos pilares fundamentales la política de defensa de la competencia (por el Estado, ya que antes se designaba al mercado mismo) y la política de tutela del consumidor (que se le había otorgado en su totalidad al mercado).

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

² Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Editorial Civitas S.A. 1988.

³ Ibidem.

incluye a los consumidores como sujetos de protección y garantía cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas.⁴

En efecto, la ley 256 de 1996 reguló límites en el ejercicio de aquella actividad, incluso para quienes no ostenten la condición de negociantes, prohibiendo conductas que atenten contra la competencia, siempre y cuando se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2º), es decir, en su orden, sobrepasen el fuero interno de quien los ejecuta para tener relevancia en el mercado y sea adecuado para mantener o aumentar la participación que un comerciante ostenta en una actividad específica.

Todos esos comportamientos han sido incluidos por parte de la doctrina⁵ en una clasificación tripartita en cuanto al actor del mercado que afectan. Estas ofensas podrán cometerse entonces en contra de: los competidores, los consumidores y del orden del mercado.

Total, mediante la Ley 256 de 1996 fue regulada la competencia desleal, derogando las disposiciones establecidas para tal materia en el Código de Comercio, siendo su objetivo principal *«garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y*

⁴ *Ibidem*.

⁵ Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Editorial Civitas S.A. 1988. pág. 115 y ss.

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

1.2.3. En concreto, la compilación legal aludida prohibió de forma general toda actuación que viole el principio de buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos en materia comercial e industrial, o que esté dirigido a afectar o afecte la libre decisión del comprador o consumidor (art. 7º).

Ya de forma particular vedó los actos de: I) desviación de clientela, considerado como el que tiene el fin o genera el traslado de los usuarios de una actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno, siempre y cuando sea contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en esta materia y en la industrial (art. 8); II) desorganización, entendida como la que propende desordenar internamente la empresa, incluso de forma parcial (art. 9); III) confusión, aquella conducta que pretende mostrar equivocada la actividad, prestación mercantil o establecimiento ajenos, o lo hace al margen de su intencionalidad (art. 10); IV) engaño, el que tiende o logra incitar al público para que erre acerca de la actividad, prestación mercantil o establecimiento ajenos, presumiéndose arquetipos de engaño la utilización o difusión de indicaciones o afirmaciones incorrectas o falsas, la omisión de las reales y cualquiera otra práctica que pretenda o lleve a la desacreditación de la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad de los productos (art. 11); V) descrédito, esto es, en el cual se

utiliza o difunde indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, se omite las verdaderas o cualquier práctica que tenga el fin o llegue a desacreditar la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles de terceros, salvo que sean exactas, verídicas y pertinentes (art. 12).

Igualmente previó como actos de competencia desleal los de: VI) comparación, asumiendo por tal el cotejo público de la actividad, prestación mercantil o establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, siempre y cuando dicho parangón se valga de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, omita las verdaderas, o sea realizado respecto de extremos incomparables por su diversidad o imposibles de comprobar (art. 13); VII) imitación, es decir, la reproducción exacta y minuciosa de prestaciones de un tercero que genera confusión sobre la procedencia empresarial o implica el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, así como la imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor encaminada a impedir su asentamiento en el mercado excediendo la respuesta natural de este (art. 14); VIII) explotación de la reputación ajena, traducida como el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de la popularidad industrial, comercial o profesional de otro, *verbi gratia*, el empleo no autorizado de signos distintivos foráneos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aun cuando estén acompañadas de la indicación real de la procedencia del producto (art. 15); IX) violación de secretos, consistente en la divulgación o explotación, sin autorización del titular, de confidencias industriales o empresariales,

adquiridas legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente a través de espionaje, procedimientos similares o violación de una norma jurídica, aun cuando todas estas conductas no se realicen en el mercado y carezcan de fines concurrenciales (art. 16).

Por último, fueron tipificados como de competencia desleal los actos de: X) inducción a la ruptura contractual, concebida como la persuasión a trabajadores, proveedores, clientes y cualquiera obligado, a infringir los compromisos básicos acordados, pero si se trata de la terminación de un pacto o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de un infracción contractual será menester que, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial, empresarial o vaya acompañada de la intención de engañar, eliminar a un competidor u otras similares (art. 17); XI) violación de normas con obtención de una ventaja competitiva importante (art. 18); XII) pactos desleales de exclusividad, entendidos como los contratos de suministro con cláusulas de exclusividad que tengan por objeto o logren restringir el acceso de competidores, monopolizar la distribución de productos o servicios, salvo que se trate de las industrias licoreras de propiedad de las entidades territoriales (art. 19).

Esta consagración traduce que Colombia adoptó el modelo mixto en cuanto a conductas de competencia desleal, al igual que en el Reino de España: *«la apuesta que se asumió en la década de los noventa en España a la hora de configurar y decidirse por un modelo de deslealtad fue de naturaleza*

restrictiva, esto es, se prefirió configurar una lista de deslealtades y ofrecer una cláusula general que inspirase e integrase los diversos supuestos, amén de un control férreo por parte de los tribunales, que pudieran impedir ese crecimiento en aras de una política benefactora del contrario, mediante posibles prácticas que en todo caso o casi siempre resultan incómodas para los competidores.»⁶

1.2.4. Así las cosas, la competencia desleal es la conducta que distorsiona el plano de igualdad previsto legal o consuetudinariamente para el ejercicio de una actividad mercantil y que carece de justificación (aquella creada por un actor del mercado con desarrollos ingeniosos, eficientes, hábiles, innovadores, etc., que no contrarían el ordenamiento) amén de que tal comportamiento debe ser realizado por un interviniente en el ramo (ámbito subjetivo), en el mercado y con fines concurrenciales (ámbito objetivo) y dentro de la misma circunscripción geográfica (ámbito territorial).

El ámbito subjetivo traduce que en el acto criticado sea ejecutado por uno o varios de los involucrados en la industria, ya sea como competidores directos o indirectos, proveedores, productores, consumidores o cualquier otro interviniente, de donde la afección también puede irradiar a cualquiera de estos o al propio Estado, al punto de que el Ministerio Público está legitimado para incoar las acciones

⁶ Barona Vilar, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 290.

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

El ámbito objetivo es, de un lado, la exigencia de que el acto ejecutado o potencial trascienda de la esfera personal de su autor para generar efectos en otro u otros de los agentes o sectores comerciales referidos; y de otro lado, que tenga fin concurrencial o intención comercial, esto es, que el acto desplegado o potencial tenga el propósito de crear, mantener o incrementar la participación en el mercado de su autor o de otro interviniente.

Sobre este aspecto -el fin concurrencial- vale destacar que el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal consagra su presunción legal -susceptible de ser desvirtuada-, al señalar que *«[l]a finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero»*.

Teniendo en cuenta sus perfiles, aun cuando el concepto de fin concurrencial no fue previsto en dicha legislación, la doctrina especializada tiene consagrado que *«[l]a finalidad concurrencial viene a complementar el acto que se realiza en el mercado, al darle sentido, por cuanto le exige que se dirija hacia la consecución de un fin comercial, ‘mantener o incrementar la participación en el mercado de*

quien lo realiza o de un tercero’, más allá de una finalidad puramente personal.»⁷

Entonces, el aludido fin concurrencial, indispensable para que el acto que lo contiene se configure como de competencia desleal, es la intención de un interviniente en el mercado para crear, mantener o incrementar su participación como agente en una actividad específica, o la de un tercero que ostenta esta condición, propósito que se presume legalmente.

Y el ámbito territorial es la característica de que todos los actores o intervinientes estén regidos por igual ordenamiento jurídico, esto es, sometidos a las mismas reglas de competencia aplicables en una determinada circunscripción.

Por consecuencia, los presupuestos axiológicos para calificar un acto como generador de competencia desleal son, conforme a la Ley 256 de 1996 y la doctrina jurisprudencial: I) que sea realizado en el mercado; II) que sea de índole concurrencial, es decir, que tenga el propósito de mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y III) que corresponda a una de las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea general o específica. (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01, reiterada en SC4174 de 2021, rad. 2013-11183-01).

⁷ De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. 2014. La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Universidad Externado de Colombia. Pág. 13.

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

*«En suma, el carácter desleal de la infracción se fundamenta en que esta impida una competencia basada en el principio de competencia eficiente o de las propias prestaciones (...), en la que, como es sabido, se pretende que en el mercado prevalezca quien ofrezca las prestaciones más eficientes (leistungswettbewerb) logradas de forma lícita y transparente, no a través del incumplimiento de normas legales reguladoras del mercado, que desnaturalice las condiciones de dicho mercado.»*⁹

De allí que el artículo 18 de la ley 256 de 1996 la definió como *«la realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa»*.

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

⁸ De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. (2014). La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, pág. 146.

⁹ Emparanza Sobejano, Alberto. (2009). Violación de normas, comentario a la Ley de Competencia Desleal, director Fernando Martínez Sanz, Editorial Tecnos, pág. 257, citado por Dionisio Manuel De la Cruz Camargo. Ob. Cit.

trata de que una violación de norma sea acto de competencia desleal, sino que se tratará de aquellos supuestos en que el infractor, al contravenir la norma, (...) está incidiendo en el desarrollo del mercado y específicamente en el ámbito competencial, a saber, en el equilibrio de posiciones que la ley ofrece a quienes desarrollan su actividad económica en aquel. Ello no exige, en absoluto, como se verá, que se trate de precepto específico de la legislación sobre competencia desleal. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que se expondrá, se pretende con este precepto asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia y lo hace, como señala la SAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 (AC 2000/6881), mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere, se causa una desventaja a quienes cumplen 'par conditio concurrentium', ya porque los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el propio mercado. En cualquier caso, repárase que es misión de este precepto contribuir a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.»¹⁰

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

¹⁰ Barona Vilar, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 610.

significativa; y IV) que la ventaja derive de la transgresión normativa.

2.1. En cuanto al primero de esos requisitos se tiene que la realización de cualquiera actividad mercantil puede estar sometida a la intervención estatal, dependiendo del interés público que comporte, en concordancia con el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor «*[l]os particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes*».

En desarrollo de este postulado el ordenamiento jurídico prevé las reglas a tener en cuenta por los distintos actores o competidores para ejercer cada actividad económica en términos de igualdad, por lo que su desatención revela, en principio, contrariedad de cara a esa codificación.

De allí que tal contravención constituya el primero de los elementos indispensables para establecer el acto de competencia desleal de violación de normas.

2.2. La obtención de ventaja competitiva traduce la alteración del principio *par conditio concurrentium* (reglas iguales entre competidores), que tiene el propósito de que el funcionamiento del mercado entre participantes sea realizado en plano simétrico.

Como lo ideal es que los comerciantes estén en igual punto de partida para ejercer su actividad, en tanto

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

De allí que será válida la ventaja de marras que no tiene origen en esa infracción o, con otras palabras, que fue producida por el desarrollo ingenioso, eficiente, innovador u otras probables virtudes del comerciante; por el contrario implicará ventaja competitiva el ahorro de costos en materia fiscal o administrativa, obligatorios para ejercer la actividad, entre otros eventos.

«[S]e ha de demostrar, además de la infracción de las leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado (...) Es por ello que la deslealtad se integra cuando el infractor obtiene provecho efectivo del ahorro de costes que por razones legales ha de satisfacer y a efectos de diferenciarse y hacer frente de esta manera y con ventaja a la competencia...»¹¹

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

¹¹ Ibídem, pág. 611.

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

Sobre este requisito la doctrina patria tiene dicho que:

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

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

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

¹² Velandia, Mauricio. (2011). Derecho de la competencia y del consumo. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, pág. 387.

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

2.4. Que la ventaja lograda por el infractor derive de la transgresión normativa impone la existencia de una relación causa efecto entre esta y aquella, es decir que el daño padecido por los restantes oferentes del servicio o bien, o para los demás intervinientes en el mercado que fungen como demandantes, consista, básicamente, en que la posición de privilegio obtenida por el infractor sea consecuencia de la concurrencia de los anteriores presupuestos de la acción (la conculcación de una norma jurídica generadora de ventaja competitiva y significativa) más no de cualquiera otra circunstancia.

La insatisfacción de estos presupuestos traducirá, entonces, que la competencia de los diferentes actores en el mercado no se hará en un plano de igualdad, en transgresión de este principio de nuestro ordenamiento jurídico.

3. Aplicando las anteriores nociones al caso concreto, específicamente acerca de la obtención de una ventaja competitiva y significativa, la legislación española reguló el acto de competencia desleal de violación de normas señalando: *«1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también*

¹³ Barona Vilar, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 611.

la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.» (Artículo 15 de la ley 3 de 1991).

Cual se desprende de dicha regulación, en el Reino de España para que se configure el acto de competencia desleal de violación de normas es necesaria la obtención de una ventaja competitiva y que además sea significativa, pero sólo en el evento de que la vulneración recaiga sobre una disposición de índole legal que no fue expedida para reglamentar la actividad concurrencial.

Por el contrario, si la conculcación recayó respecto de norma jurídica expedida para regular la actividad concurrencial, esto es, de un determinado mercado, no será indispensable auscultar si existió obtención de ventaja competitiva y significativa a favor del infractor.

La distinción resulta de cardinal importancia en tanto revela cómo esa legislación extranjera presume que, a raíz de la transgresión de una norma jurídica reguladora de cualquiera actividad concurrencial, el infractor obtiene, *per se*, la aludida ventaja competitiva y significativa.

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

codificada la competencia desleal, previó en el artículo 18 que *«[s]e considerara desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.»*

Es decir, en Colombia la legislación reguló, de manera clara y expresa, que la calificación de una determinada actividad como acto de competencia desleal de violación de norma jurídica –ya fuera esta expedida con el propósito de regular un específico sector mercantil o no-, siempre deberá caracterizarse por otorgar ventaja competitiva y significativa a favor del imputado, de donde en cada caso concreto deberá ser objeto de estudio y prueba.

Variadas se muestran las razones de la referida exigencia normativa, en tanto prohijar innecesaria la ventaja competitiva y significativa cuando se aduce la conculcación de una norma promulgada para regular un determinado mercado, esto es, con fines concurrenciales, impondría acoger siempre una interpretación finalista en relación con el canon que se alegue infringido, a pesar de que podría concurrir otra u otras circunstancias que impongan hermenéuticas distintas.

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

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

Igualmente puede ocurrir que la persona trasgresora de la norma jurídica prohibitiva no haga uso de la ventaja competitiva y significativa que dicho precepto intentó evitar, a pesar de tenerla a su alcance, porque, además de la obsolescencia citada a espacio, decide prestar el servicio a una gama de clientes a quienes desinteresa la aludida prerrogativa, o porque aquel decide destacar su producto o servicio con otras cualidades, a más de diversas opciones.

Muestra sin igual de una de tales elecciones es el caso de autos, en tanto la difusión de contenidos a través de mensajes SMS (Short Message Service) requiere, entre otros requisitos, que la red usada garantice la cobertura y prontitud del envío por los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones «PCA» o los Integradores Tecnológicos y la recepción para el usuario final con igual característica, entre otras, de donde el precio cobrado por dicho servicio no es el único factor valorado por el adquirente del servicio.

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

desproporcionada porque omite escudriñar los efectos de la situación denunciada.

Así las cosas, el artículo 18 de la ley 256 de 1996 sí exige, para calificar un acto de violación de norma jurídica como constitutivo de competencia desleal, que otorgue una ventaja competitiva y significativa a favor del infractor, lo que, por ende, debe ser objeto de estudio y acreditación en cada caso concreto.

Consecuentemente, no existió la conculcación directa del precepto legal denunciado en el cargo cuando el tribunal exigió el cumplimiento del presupuesto de marras, con el fin de calificar si la conducta atribuida a la enjuiciada se enmarcaba dentro de la prohibición plasmada en tal canon.

Y como quiera que el reproche casacional bajo análisis se fundó en la supuesta conculcación directa de la ley sustancial, vía en la cual la valoración de los elementos de convicción recaudados en el plenario es íntegramente aceptada por la recurrente (inciso inicial, literal a, numeral 2, artículo 344 C.G.P.), relevada queda la Corte de auscultar cualquier aspecto adicional.

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

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

Al respecto tiene dicho la Corte que:

al acudir en casación invocando la violación directa de la ley sustancial, se debe partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, sin que se permita plantear inconformidad alguna relacionada con los medios de convicción recaudados, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea. (CSJ SC 24 abr. 2012, rad. n.º 2005-00078).

Todo impone afirmar que el juzgador de última instancia no conculcó de forma directa la ley sustancial al exigir a la promotora prueba acerca de que su enjuiciada con su actuar obtuvo ventaja competitiva y significativa, reproche al cual se limitó la censura.

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

CONCLUSION

De lo analizado emerge que el juzgador *ad quem* no incurrió en los errores *in procedendo* e *in iudicando* a él enrostrados en los dos cargos propuestos, circunstancia que conlleva la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 365 numeral 1º *ibidem*, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal que Inalambria Internacional S.A. promovió contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Practíquese su liquidación en los términos del canon 366 *ibidem*, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$6'000.000.

Se reconoce al abogado Henry Sanabria Santos como apoderado judicial de la demandada en los términos del poder a él conferido.

Cumplido lo anterior devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Firma con aclaración de voto

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

Código de verificación: B2D944D6DA7DE8865470071EAF007977575DD23E88812D70F4149BAB80D9EA73

Documento generado en 2021-12-16



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

SC5473-2021

Radicación n° 11001-31-99-001-2017-40845-01

Si bien estoy completamente de acuerdo con la decisión tomada en el sentido de no casar la sentencia de 28 de marzo de 2019, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de Inalambria Internacional S.A. contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP., estimo necesario hacer precisión sobre un tema en el que he venido insistiendo desde la aclaración de voto a la SC3918-2021 y que reiteraré en el salvamento parcial de voto a la SC5107-2021.

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

(...) no es absoluta la restricción dirigida al juzgador de segundo grado tendiente a evitar que se pronuncie sobre materias no expuestas en la impugnación sometida a su conocimiento, porque un veredicto en tal sentido denota el cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, lo que, por contera, evidencia que se trata de una potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación.

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

En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse motu proprio, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, verbi gratia, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos.

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

Otro lo constituye el análisis de los presupuestos del derecho reclamado por el demandante, sin que este proceder implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, «[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el

sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo....» (CSJ SC4574 de 2015, rad. 2007-00600-02).

Es decir, la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte sobre el punto decantó, en pronunciamiento que refería a la legitimación de las partes pero que guarda simetría con el presente, que «cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.» (CSJ SC2642 de 2015, rad. 1993-05281).

5. En suma, no se configura el vicio de incongruencia cuando el juzgador de segundo grado analiza la satisfacción de los presupuestos de la pretensión radicada por el demandante, aun cuando estos no sean objeto de reparo en la apelación (SC3918 de 2021, rad. 2008-00106).

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

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

Dicho aparte contiene una visión ajena al querer de la normativa adjetiva vigente, en virtud de la cual las potestades del superior se encuentran restringidas por la lectura conjunta de los artículos 282 y 328 del Código General del Proceso, como dejé esbozado en el salvamento parcial de voto a la SC5107-2021 en el que expresé que el primer precepto en mención

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

Como dejé expuesto en la aclaración de voto a la SC3918-2021, que se cita en el aparte del cual discrepo,

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

adjetivos.

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

A lo anterior hay que añadir que entre las determinaciones oficiosas que por expresa consagración normativa puede tomar el superior están el llamamiento de oficio (art. 72 id.), el impulso del trámite para la reconstrucción del expediente (art. 126 id), el decreto de pruebas necesarias para resolver una recusación (art. 143), la acumulación de procesos declarativos (art. 148), la aclaración, corrección, adición y saneamiento de irregularidades en la firma de autos y sentencias (arts. 285 a 288 id), el decreto de pruebas (arts. 312 y 327 id.) y la terminación por desistimiento tácito (art. 317.2 id), todas ellas de estirpe procesal y sin que dejen un margen de discrecionalidad tal que permita alterar relaciones jurídico procesales consolidadas (...).

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

Fecha ut supra.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Octavio Augusto Tejeiro Duque

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

Código de verificación: 012251754C3D01BBBDD5263824B6F2DAC62CBAFB01536BD7DE0475C19D234EA3

Documento generado en 2021-12-16