



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

AC5845-2021

Radicación n.º 11001-31-99-001-2018-14463-01

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

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022).

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación que interpuso la demandante frente a la sentencia de 17 de febrero de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió Datacontrol Portuario S.A. contra la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. (en adelante, SPBUN).

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La sociedad actora pidió que se declare que su contraparte incurrió en las conductas de competencia desleal que describen los artículos 7, 8, 11, 17 y 18 de la ley 256 de 1996. En consecuencia, solicitó que se le ordene a la

demandada *«remover los efectos producidos por dichos actos»*, así como resarcir los perjuicios irrogados, que fueron tasados en \$9.917.931.749.

2. Fundamento fáctico.

2.1. El puerto marítimo de Buenaventura es dirigido por la sociedad convocada, quien se encarga de *«administrar la infraestructura y suministrar a todos los usuarios de la terminal los servicios de muelles, almacenaje y uso de instalaciones»*. Además, esa persona jurídica actúa como operador portuario desde finales del año 2015, fecha en la que se fusionó con Tecsa S.A., que para entonces era un *«operador portuario con posición de dominio en los servicios marítimos y terrestres»*.

2.2. Hasta el año 2017, cuando fue definitivamente desplazada por las conductas desleales de la opositora, Datacontrol Portuario S.A. también ejerció como operador, siendo sus principales actividades la prestación de *«servicios de cargue, descargue, embalaje, desembalaje y almacenamiento de contenedores»*, compitiendo con la demandada en lo atinente a *«los servicios de operación terrestre para inspecciones y preinspecciones ICA, DIAN, INVIMA y antinarcóticos y en los de cargue a camión»*.

2.3. Debido al riesgo que representaba la fusión entre SPBUN y Tecsa S.A. para la libre competencia en el puerto de Buenaventura, el Ministerio de Transporte, la ANI y la Superintendencia de Industria y Comercio supeditaron la autorización de esa operación a que las actividades de operación portuaria de la nueva sociedad se ciñeran al

«*movimiento de contenedores*». Además, la demandada se comprometió a desarrollar e implementar un «*modelo de integración operativa (MIO)*», con miras a que «*los operadores portuarios no socios de TECSA*» tuvieran la oportunidad de formar parte del nuevo esquema bajo el cual operaría el puerto a través de la adquisición de acciones.

2.4. La demandada incumplió esas exigencias, entre otras cosas, porque permitió que el 14,993% de las acciones de Tecsa S.A., que se habían reservado para que otros operadores se integraran al nuevo modelo societario, fueran adquiridas por «*socios de TECSA*», dando lugar a que «*Datacontrol quedara por fuera del Modelo de Integración Operativa*».

2.5. La convocada, «*después de fusionarse con Tecsa, comenzó a estructurar y ejecutar una estrategia de actos a partir de los meses de enero y febrero de 2016, donde se apoderó de los clientes de Datacontrol en los servicios de operación portuaria terrestre, correspondientes a las inspecciones DIAN, ICA, INVIMA y antinarcóticos, y fue reduciendo el número de otros servicios de operación correspondientes a las pre inspecciones y los cargues de carga suelta que tenía en el mercado*».

2.6. Para lograr ese cometido, la opositora se amparó en el artículo 72 del Decreto Ley 2682 de 1999, el cual, según su opinión, le otorgaría la facultad exclusiva de operar los traslados de todos los contenedores a las zonas donde se llevan a cabo las inspecciones. Esto, sin reparar en que dicho precepto «*no tiene aplicación (...), porque para poder llevar a cabo movimiento de contenedores, SPBUN debía estar habilitada como*

operador portuario, requisito que no cumplía para ese momento y que, valga aclarar, sigue sin cumplir».

2.7. Tras hacerse al monopolio de la prestación del referido servicio, la demandada ofreció a la actora la posibilidad de trabajar como subcontratista en el traslado de los contenedores a las zonas de inspección, exigiéndole una rebaja en los precios de hasta un 40%. Y aun cuando ella se vio obligada a aceptar dicha propuesta, en consideración a que para ese entonces su participación en las actividades operativas del puerto se había visto significativamente reducida, solo le asignó un poco más de 40 operaciones, después de las cuales no volvió a valerse de sus servicios.

2.8. Por esa vía, *«ya la SPBUN no solo se estaba tomando los clientes por la fuerza y obligando como monopolista a sus subcontratistas a bajar las tarifas, sino que además estaba tomando una represalia contra [Datacontrol, pues] el 24 de febrero de 2016 le suprimió el acceso a una porción del sistema de software “Cosmos”», que tiene como propósito principal «identificar con facilidad las inspecciones que se están realizando; ubicar la posición de los contenedores en el terminal y, por ende, la naturaleza de la carga que transportaba, y si se trataba de una carga IMO, maquinaria regular o de proyectos».*

2.9. En virtud de tales conductas, Datacontrol Portuario S.A. *«fue excluida definitivamente del mercado de las operaciones portuarias terrestres, consistentes en las inspecciones DIAN, ANTINARCOTICOS, ICA E INVIMA y no las prestó más, desde el mes de marzo de 2016. Las demás operaciones, tales como pre inspecciones y cargues de carga suelta, se fueron extinguendo también*

como consecuencia, hasta realizarse la última en el mes de junio de 2017, lo cual implicó que Datacontrol quedara excluida de la prestación de estos servicios a partir de julio de 2017».

2.10. En aras de «cerrar su estrategia exclusoria», la demandada solicitó ante la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) una modificación del contrato de concesión bajo el cual se le otorgó inicialmente la administración del puerto, con miras a obtener «una posición aún más privilegiada en el mercado de carga contenedorizada (sic)», a través de la imposición de «barreras de entrada a los operadores que se encuentran prestando sus servicios en el terminal marítimo».

2.11. Ese trámite culminó el 2 de agosto de 2017, con una decisión desestimatoria del ente público, tras considerar que «la modificación solicitada “podrá afectar derechos de los actuales operadores portuarios, y de adelantarse sin las precauciones y actuaciones debidas, podría generar prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de operadores portuarios que funcionan en la concesión”. Y, además, precisó que para “la modificación solicitada debe tenerse en consideración el mercado de operadores portuarios, para lo cual resulta necesario que la SPBUN adelante el trámite de modificación a que refiere el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, de tal manera que pueda garantizarse los propósitos de publicidad y competencia que inspira la Ley 1 de 1991».

2.12. La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, «en el marco del trámite de prueba extraprocesal n.º 16-0360966 entre la sociedad OPP Graneles y la SPBUN, mediante autos 96537 de 18 de octubre de 2017 y 2042 del 9 de enero de 2018, al estudiar los mismos hechos en relación con la imposibilidad de la SPBUN de ser operador portuario en el terminal

de Buenaventura, decidió decretar medidas cautelares en contra de la SPBUN consistentes en ordenarle abstenerse de “ofertar y prestar el servicio de carga granel en el Puerto de Buenaventura, hasta que la ANI autorice la modificación de la cláusula 12, numeral 12.19 del contrato de concesión n.º 009 de 1994, y además se suscriba el respectivo otro sí al mencionado contrato de concesión, en virtud del cual la SPRBUN pueda ejercer actividades como operador portuario”.

3. Actuación procesal

3.1. Del auto admisorio de la demanda (de 7 de febrero de 2018), se notificó personalmente a la convocada el 14 de marzo de ese mismo año. En su oportunidad, formuló las excepciones que denominó *«no existe legitimación en la causa para exigir derecho en virtud del MIO, del CONTRATO DE CONCESIÓN, de las aprobaciones de integración de la SIC»; «la actividad de inspecciones se realiza en calidad de administrador del depósito público habilitado»; «el área donde se realizan las inspecciones de carga de importación no es un área otorgada en concesión»; «el numeral 12.19 de la cláusula del contrato de concesión es ineficaz, inexistente o nula»; «el numeral 12.19 exige que la SPRBUN opere al menos el 40% del área cubierta y el 40% del área descubierta»; «el esquema de operaciones adoptado en SPRBUN está amparado en la Ley y en actos administrativos»; «cumplimiento de un deber y la responsabilidad como depósito»; «la SPRBUN ha prestado servicios de operación portuaria desde la declaratoria de nulidad del Decreto 838 de 1992»; «la SPRBUN ha prestado servicios de operación portuaria desde la declaratoria de nulidad del Decreto 838 de 1992»; «la SPRBUN ha prestado servicios de operación portuaria desde la declaratoria de nulidad del Decreto 838 de 1992»; y «la SPRBUN no ha violado [los] artículo[s] 11, 17 y 18, 17 de la Ley 256 de 1996».*

3.2. Mediante fallo de 3 de julio de 2020, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio denegó las pretensiones.

4. Sentencia impugnada

Al resolver la alzada propuesta por ambas partes, el tribunal modificó lo definido en primera instancia, para *«declarar probada la excepción de prescripción alegada por la pasiva en el escrito de contestación de la demanda, únicamente frente a los actos de actos de desviación de clientela, sustentados en la restricción de compra de las acciones con las que podía vincularse al MIO y el incumplimiento del compromiso de vinculación; de inducción a la ruptura contractual y engaño resguardados en la publicidad que, aparentemente, hacía la pasiva desde 1994 ofertando servicios de operadora portuaria; y, de violación de normas, concretamente del contrato de concesión 009 de 1994, al desatender su cláusula 12.19»*. En lo demás, mantuvo incólume el fallo apelado.

Para arribar a esas conclusiones, se fincó en los argumentos que seguidamente se compendian.

(i) Contrario a lo que sostuvieron la convocante y el fallador *a quo*, la convocada sí esgrimió la excepción de prescripción extintiva, pues si bien *«no rotuló en su escrito opositor un acápite de prescripción, lo cierto es que no puede desconocerse que sí se refirió a lo largo del citado legajo a su configuración, alusión que también hizo por vía de excepción previa y, aunque no fue resuelta por no tratarse de uno de los defectos procesales que habilita el artículo 100 C.G.P. para ser debatidos por esa senda, da cuenta de que su presencia fue advertida y reclamada por la pasiva»*.

(ii) Como el artículo 23 de la Ley 256 de 1996 prevé dos tipos distintos de prescripción, uno subjetivo y otro objetivo, *«para dilucidar el asunto, debe empezar la Sala por establecer, cuáles son esos comportamientos que, según el legislador, pueden constituir una conducta desleal entre competidores»*.

(iii) Una vez analizado *«el reclamo hecho frente a cada una de las situaciones que, a juicio de la convocante, constituyen conductas de competencia desleal, deviene que operó el fenómeno prescriptivo respecto de los actos de desviación de clientela, sustentados en la restricción de compra de las acciones con las que podía vincularse al MIO y el incumplimiento del compromiso de vinculación; de inducción a la ruptura contractual y engaño resguardados en la publicidad que, aparentemente, hacía la pasiva desde 1994 ofertando servicios de operadora portuaria; y, de violación de normas, concretamente del contrato de concesión 009 de 1994, al desatender su cláusula 12.19»*.

(iv) La estructuración del fenómeno prescriptivo conlleva que el debate judicial quede reducido a *«la alegada implementación de una estrategia encaminada al apoderamiento de los clientes de Datacontrol, del condicionamiento tarifario para la asignación de 18 operaciones de traslado, y la restricción del acceso parcial al software “Cosmos”, de frente a los reparos correspondientes a la interpretación de los conceptos de eficiencia, buena fe comercial y a la valoración de las pruebas que, según el inconforme, dan cuenta de la posición de dominio de la demandada»*.

(v) Por esa vía, debe resaltarse que *«no existe duda de que la demandada SPRBUN presta servicios de operación portuaria desde el año 1994, fecha en que le fue entregado el Terminal Marítimo de Buenaventura –TMB– según contrato de concesión no. 009 de 21 de febrero, y que desde el año 2016, actúa como operadora del servicio de traslado de contenedores para inspección, pues coincidieron los*

representantes legales de los extremos procesales al afirmarlo en sus interrogatorios de parte, tarea que despliega, en virtud del modelo de integración operativa implementado entre SPRBUN y las operadoras Maritrans S.A., Granportuaria Buenaventura Ltda., Terminal Especializado de Contenedores de Buenaventura S.A., Elequip S.A. y Nautiservicios S.A., debidamente aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la resolución No. 255 de 2010, por lo que no se trata de un servicio clandestino en los términos de la competencia desleal alegada, que es lo que en realidad atañe resolver a esta Corporación».

(vi) De hecho, «la demandada emitió distintos comunicados de prensa informando al público en general, incluidos los operadores portuarios no integrantes del MIO, la fecha en que asumiría la realización de dichas actividades, decisión que, contrario al creer de la convocante, no tuvo como fin atentar contra la estabilidad de sus competidores, sino cumplir con el objeto de esa integración, que al decir de varios de los testigos llamados a juicio, quienes ostentaban la misma condición de la activante de operadores no integrantes del MIO, consistía en crear una “torre de control” que organizara y dirigiera la prestación de los distintos servicios en el puerto de Buenaventura».

(vii) Además, esa estructura de integración «estaba al alcance de la convocante, pues tenía “como principio fundamental que la SPRBUN, los OPERADORES SOCIOS DE TECSA y los TERCEROS OPERADORES NO SOCIOS DE TECSA, aúnen conocimientos, esfuerzos, recursos y equipos en torno a TECSA de forma tal que sea ésta la que agrupe las actividades que hasta la fecha desarrollan de manera individual e independiente”, razón por la cual se dispuso un porcentaje de acciones para que éstos últimos, pudieran hacer parte de la integración, adquisición cuyo estudio no es de resorte en este momento, dado el desinterés de los interesados (sic) para demandar la presunta abstención en dicha venta accionaria en el año 2014 que, como en oportunidad se señaló, dio paso a la extinción de la acción».

(viii) A la convocada no le era vedado efectuar labores de operador, simplemente por ser la administradora del Puerto de Buenaventura. Aun cuando «la Agencia Nacional de Infraestructura dejó el asunto decantado cuando se pronunció sobre la modificación del numeral 12.19 del contrato de concesión 009 de 1994, al indicar que, pese a que la cláusula en cita, acordada en virtud del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, prohibía a la aquí convocada la prestación directa de la operación en comento, cierto es también que la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 24 de julio de 1997, declaró la nulidad de dicha disposición “al considerar que el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al impedir que las sociedades portuarias operaran el puerto, siendo que esta es una facultad que la propia Ley 1 de 1991 reconoce abiertamente y permite desarrollar dentro del objeto de este tipo de sociedades”».

(ix) A lo anterior se suma que «las comunicaciones adosadas con la demanda, provenientes de los clientes de Datacontrol, permiten advertir con facilidad, que aun cuando no continúan contratando con esa sociedad el servicio de traslado de contenedores, si mantenían la relación comercial frente a los demás ofertados por la aquí demandante (...). Lo anterior, refleja que no deviene veraz la afirmación según la cual, la convocada, efectuó actos que excluyeron del mercado a sus competidores, los que, como se avista, continuaron desarrollando actividades propias de los operadores portuarios, incluso propias del traslado terrestre».

(x) En ese escenario, aun cuando «resulta cierto que, como lo insinúa la inconforme, debe existir un equilibrio entre la eficiencia y la competitividad, tal proporción, para esta Colegiatura, se halla presente, ya que, a más de los distintos beneficios que representa, tanto para el puerto, como para los consumidores la integración a que se ha hecho mérito, aspecto frente al cual ahondó con suficiencia el a quo, de ella no

se desprende un acto restrictivo de la competencia y, justamente, así lo determinaron las autoridades en la materia cuando dieron el visto bueno a dicho modelo, de ahí que, como no fue desvirtuada la presunción de buena fe que opera frente al acto cuestionado, que en cambio sí revela eficiencia en el mercado portuario, no puede salir adelante el reparo planteado frente a él por la sociedad demandante, siendo innecesaria la profundización del contenido de las actas 307 de 2013, 330 de 2014 y 340 de 2016, pues ya quedó establecido que el hecho que se pretende acreditar con ellas no contraviene los parámetros de la leal competencia».

(xi) La misma suerte deben correr las pretensiones fincadas en la «emisión de comunicados en los que, según sostuvo el apelante, la demandada negó públicamente las restricciones que supuestamente tenía para operar en el puerto, pues, como quedó plenamente establecido en líneas precedentes, dichas limitaciones dejaron de existir desde la declaratoria de nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 y, por tanto, no eran aplicables al contrato de concesión por disposición legal, lo que igualmente torna inviable la prosperidad del recurso en este sentido, máxime cuando revisada la documental aludida por el recurrente, de ellas no se advierte negación alguna, sencillamente la SPRBUN expresó en ella la sujeción y respeto a los preceptos normativos en la estrategia de competitividad implementada, dirigida al mejoramiento de los indicadores de servicio, propendiendo además, por garantizar “el acceso al trabajo [y] permitiéndole a cerca de 500 operadores salir de la informalidad que prepondera en este gremio”».

(xii) En lo que concierne al reparo relativo al «aparente condicionamiento tarifario para la asignación de operaciones de traslado desplegado por la SPRBUN, debe decirse que, si bien la demandante aportó con el escrito genitor distintos correos intercambiados entre el Gestor de Operaciones de Datacontrol y el Jefe de Servicios Terrestres de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura en los que se trató

el tema tarifario, tales documentos no revelan el condicionamiento a que aquí se refiere la promotora de la acción, de ellos tan solo se puede advertir una negociación en cuanto a los precios de cada uno de los servicios, en donde ésta presentó una oferta, frente a la cual, aquella pidió un descuento, cuya aceptación se desconoce, pues no hay prueba al respecto, así como tampoco de la manipulación o coacción por la SPRBUN para que cediera a prestar sus servicios por un monto alejado de la competitividad».

(xiii) En cuanto a la denunciada «restricción del acceso parcial al software “Cosmos”, no puede esta Sala arribar a ninguna conclusión distinta a la expuesta por el a quo, habida cuenta que, ningún sentido tendría que los operadores portuarios tuvieran acceso al sistema que asignaba los traslados para inspección, cuando dicha tarea quedó en cabeza de la SPRBUN».

(xiv) La convocante también echó de menos un estudio concienzudo por parte del juez a quo sobre la buena fe en materia contractual. Pero «aun partiendo del supuesto de que el acuerdo de integración y el contrato de concesión son normas de carácter privado y por ello pudiera ser analizado su cumplimiento a la luz del artículo 18 de la ley de competencia desleal, lo cierto es que del examen exhaustivo dado a las probanzas recaudadas, quedó plenamente claro que la sociedad demandante no hizo parte de alguna de esas relaciones, razón por la cual, se encuentra imposibilitada para alegar cualquier desapego en que haya incurrido alguno de los contratantes».

(xv) Finalmente, en lo que atañe a «la falta de observancia sobre los dictámenes periciales de la que se duele la censurante para acreditar la posición de dominio de la convocada, cabe acotar que no deviene necesario detenerse en ella, dado que no existe duda sobre la posición de dominio de SPRBUN frente a los demás operadores; sin embargo, esa sola circunstancia no denota per se un desacato de las

normas de competencia, el que evidentemente quedó desvirtuado tanto en primera como en segunda instancia».

4. La demanda de casación

Contra la providencia del tribunal, la parte actora interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación. Al sustentarlo, enarboló ocho cargos; el primero y tercero, con fundamento en la causal tercera del artículo 336 del Código General del Proceso. En el segundo, quinto y sexto (este último fue erróneamente rotulado como “quinto”) se esgrimió la causal primera; y los cargos cuarto, séptimo y octavo (titulados “sexto” y “séptimo”), encontraron apoyo en el segundo motivo de casación.

CONSIDERACIONES

1. Régimen del recurso extraordinario.

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

2. Fundamentación de la demanda de casación.

La fundamentación técnica de las causales de casación exige que el impugnante demuestre la presencia de yerros que comprometan la legalidad de la decisión cuestionada, tanto en la aplicación de las normas de derecho sustancial

(yerros *in iudicando*), como en la actividad procesal connatural al juicio (errores *in procedendo*).

Para atender ese cometido, el inconforme deberá observar, invariablemente, los requerimientos señalados por la ley procesal y por la jurisprudencia para la apropiada sustentación del remedio extraordinario, dentro de los cuales cabe destacar:

(i) La formulación, por separado, de los respectivos cargos, con la especificación, de forma clara, precisa y completa, de los fundamentos de cada acusación, que deben armonizar con alguno de los cinco motivos de casación previstos en el precepto 336 del estatuto adjetivo.

(ii) En caso de denunciar la infracción de normas de derecho sustancial, como consecuencia de errores meramente jurídicos (vía directa), o yerros fácticos o de derecho (vía indirecta), es necesario incluir la disposición legal que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, haya sido transgredida, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

(iii) Si se elige la vía directa, «*el cargo se circunscribe a la cuestión jurídica **sin comprender ni extenderse a la materia probatoria***».

(iv) Ahora, si se afirma que la violación ocurrió por la vía indirecta, por desaciertos de hecho y de derecho, es decir, los comprendidos en los supuestos de la causal segunda del

precepto 336 del estatuto procesal, no es admisible referirse a aspectos fácticos no debatidos en las instancias.

(v) En lo que tiene que ver con el «*error de derecho*», que se materializa cuando, en la actividad de valoración jurídica de los medios de convicción –aducción, incorporación y apreciación– se contrarían las reglas legales que gobiernan el régimen probatorio¹, es menester señalar las normas probatorias que se consideran quebrantadas y hacer una explicación sucinta de la manera en que lo fueron.

(vi) A su turno, si se denuncia un «*error de hecho*», esto es, el que se exterioriza en la valoración del contenido material de las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio², deberá manifestarse en qué consiste y cuáles son, en concreto, las pruebas o piezas procesales sobre las que recayó el desacierto en la actividad de apreciación.

Asimismo, a fin de probar la pifia fáctica, habrá de evidenciarse que, respecto del escrito introductorio del proceso, su contestación o los medios de prueba, hubo pretermisión o suposición total o parcial, o que su materialidad fue alterada, ya por adición o cercenamiento de expresiones o frases, o tergiversación arbitraria o ilógica de su contenido. Igualmente se debe especificar lo inferido por el juzgador de cada medio de conocimiento, y señalar su tenor material, con el fin de exteriorizar en qué consistió la alteración de la prueba.

¹ *Cfr.* CSJ AC8716-2017, 18 dic., entre otros.

² *Cfr.* CSJ SC8702-2017, 20 jun., entre otras.

(vii) El cargo por error de hecho, además, debe comprender la totalidad de las deducciones probatorias sobre las cuales se apoyó la providencia discutida (*completitud*), enfilarse con precisión absoluta hacia dichas conclusiones (*enfoque*), y demostrar la dimensión del error, de modo que se muestre tan grave y notorio que su sola exhibición sugiera que las tesis del tribunal son contraevidentes³.

Igualmente, en el evento de soportarse la acusación en la preterición u omisión de apreciación de pruebas incorporadas al plenario, se requiere identificar esos medios de convicción, así como su contenido, en aquello que guarde relación con los hechos referidos como no probados en el fallo impugnado, y que tengan incidencia en la resolución que haya sido adoptada.

(viii) Los cargos por incongruencia de la sentencia con los hechos o las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio (causal tercera) y por transgresión a la prohibición de la *reformatio in pejus* (causal cuarta), no pueden gravitar alrededor de apreciaciones probatorias.

(ix) Si se fustiga la decisión del tribunal por haber sido proferida en un juicio viciado nulidad, ha de tenerse en cuenta que el motivo de invalidación no puede haberse

³ Cfr. CSJ SC, 9 ago. 2010, rad. 2004-00524-01, entre otras.

saneado, en los términos que prevén los artículos 135 y 136 del estatuto procesal civil actualmente vigente.

(x) El censor tiene la carga de evidenciar el alcance del desacierto esgrimido en el sentido decisorio (*trascendencia*), para lo cual, acreditado alguno de los motivos aducidos como sustento de la casación, debe explicarse por qué el fallo definitivo habría de ser distinto del cuestionado, además de favorable a los intereses del recurrente.

En resumen, como lo ha sostenido la Sala:

*«[P]ara que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, **cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida**» (CSJ AC, 28 nov. 2012, rad. 2010-00089-01).*

3. Estudio de la demanda de casación.

3.1. Formulación de los cargos.

3.1.1. Cargo primero.

Invocando la causal tercera del canon 336 del Código General del Proceso, el demandante censuró al tribunal por acoger una excepción de prescripción extintiva que no fue formalmente invocada por su contraparte. Los argumentos esgrimidos en esta censura admiten el siguiente compendio:

(i) la Magistratura de segunda instancia, «tomó medidas contrarias a las excepciones propuestas por la convocada, al declarar probada la excepción de prescripción frente a los “actos de desviación de clientela, sustentados en la restricción de compra de las acciones con las que podía vincularse al MIO y el incumplimiento del compromiso de vinculación; de inducción a la ruptura contractual y engaño resguardados en la publicidad que, aparentemente, hacía la pasiva desde 1994 ofertando servicios de operadora portuaria; y, de violación de normas, concretamente del contrato de concesión 009 de 1994, al desatender su cláusula 12.19.”¹⁰, sin que esta excepción hubiera sido propuesta por la Convocada».

(ii) Para el tribunal, «el hecho de que la convocada no hubiera propuesto en la contestación una excepción bajo la denominación de prescripción no implica que no se pueda considerar que la excepción sí fue presentada, teniendo en cuenta que la demandada la interpuso como excepción previa y que hizo algunas alusiones generales sobre este aspecto al contestar ciertos hechos de la demanda».

(iii) Sin embargo, «tal como fue expuesto cuando se describió el traslado del recurso de apelación interpuesto por la convocada, en la contestación de la demanda es dable apreciar que la sociedad demandada no alegó la prescripción como una excepción de mérito. En esa medida, es importante aclarar al despacho del honorable magistrado, que la figura procesal que empleó el apoderado de la SPRBUN fue la de la excepción previa, la cual fue resuelta por el despacho de la SIC considerando que según lo previsto en el artículo 100

del Código General del Proceso, ese medio de defensa no está consagrado en el catálogo de excepciones previas, razón por la cual su decisión a través de excepción previa sería improcedente».

(iv) En tal medida, «a través de lo que el Tribunal describió como la “interpretación del querer de la convocada”, se suplió de oficio el incumplimiento de la carga en cabeza de la convocada de alegar la prescripción, lo cual excede los límites del litigio que fueron sentados por las partes y, en consecuencia, las posibilidades de contradicción y defensa de mi poderdante. En efecto, esta nunca tuvo la oportunidad de oponerse a una excepción de mérito de prescripción, y de pedir las pruebas pertinentes en el traslado de las excepciones de mérito de acuerdo con el artículo 370 del Código General del Proceso».

(v) Además, «el artículo 2513 del Código Civil, en concordancia con el 281 del Código General del Proceso, prohíbe que la excepción de prescripción sea declarada de forma oficiosa, como ocurrió en el presente caso. Esto deriva en que la sentencia proferida por el Tribunal constituye un fallo ultra petita, pues el juzgador otorgó más de lo pedido (la prescripción) sin estar facultado para ello. De este modo, la sentencia no está en consonancia con las excepciones propuestas por la convocada, pues el contenido de esta responde a la excepción de prescripción que en realidad nunca fue propuesta, configurándose así la causal tercera de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso».

3.1.2. Cargo segundo.

Al abrigo de la causal primera del canon 336 del citado estatuto procedimental, la actora reprochó la violación directa del artículo 2513 del Código Civil, con un fundamento

muy similar al del cargo anterior. En apoyo de esa acusación, alegó:

(i) El tribunal, *«declaró probada la excepción de prescripción frente a los “actos de desviación de clientela, sustentados en la restricción de compra de las acciones con las que podía vincularse al MIO y el incumplimiento del compromiso de vinculación; de inducción a la ruptura contractual y engaño resguardados en la publicidad que, aparentemente, hacía la pasiva desde 1994 ofertando servicios de operadora portuaria; y, de violación de normas, concretamente del contrato de concesión 009 de 1994, al desatender su cláusula 12.19.”¹¹, sin que esta excepción hubiera sido propuesta por la Convocada».*

(ii) Véase que, *«al observarse la contestación de la demanda, es claro que la convocada no la propuso en la contestación. Contrario a lo estipulado por el Tribunal, no existe ninguna excepción de mérito en la contestación de la demanda en la que la convocada haya alegado la prescripción de los actos desleales que el Tribunal declaró prescritos, y en tal sentido, la demandante no desarrolló una argumentación o alegación en tal sentido en la contestación, demostrando de forma inequívoca y expresa su intención de que se reconociera esta figura en los términos en los que fue reconocida».*

(iii) El canon 2531 del Código Civil, *«impone un claro límite interpretativo al fallador que constituye a su vez, una carga para quien pretende beneficiarse de la prescripción: el primero debe abstenerse de declarar la figura si el segundo no la alega de manera expresa e inequívoca. Así, en el presente caso, tal carga contemplada en el artículo 2531 del Código Civil fue eliminada por parte del Tribunal, quien declaró probada la excepción de prescripción con una interpretación extralimitada de apartes generales de la demanda que de ninguna manera constituyen una excepción de mérito en sí misma, ni contienen una alegación y argumentación e la prescripción en los términos y sobre*

los actos desleales sobre los que fue finalmente declarada. En este sentido, la declaración de la figura de prescripción que hizo el Tribunal a partir de una desnaturalización del alcance y contenido del artículo 2531 del Código Civil, comporta una violación directa de esta norma».

3.1.3. Cargo tercero.

Nuevamente con apoyo en la causal tercera de casación, la querellante reprochó del tribunal una declaración de «*la prescripción a partir de una causa petendi distinta a la propuesta en la demanda*». En resumen, manifestó:

(i) El juez colegiado de segunda instancia, «*afirmó que [la demandante] le había atribuido a la convocada la comisión de los actos desleales dispuestos en los artículos 8 (desviación de clientela), 11 (engaño), 17 (inducción a la ruptura contractual) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1992 (sic) por: “Haberse apoderado de la prestación exclusiva de la operación terrestre de inspección y preinscripción en contenedores, y restringir la venta del 14.993% a los terceros operadores que no integraron la primera fase del MIO –modelo de integración operativa– (...)*». Con base en ello, coligió que «*operaba el fenómeno prescriptivo (...), toda vez que, a su juicio, mi poderdante tenía conocimiento de este desde el 2014, cuando se opuso a la fusión de TECSA y la SPRBUN por el incumplimiento de la venta de las acciones a los operadores no socios de TECSA*».

(ii) Asimismo, entendió que la actora «*había atribuido a la convocada la comisión de los actos desleales dispuestos en los artículos 8 (desviación de clientela), 11 (engaño), 17 (inducción a la ruptura contractual) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1992 (sic): “Por haber incumplido el compromiso adquirido con el Ministerio de Transporte, la ANI, la SIC y los operadores no socios de TECSA*

tendientes a vincular a éstos últimos al modelo de integración operativa”. Bajo esta interpretación de la causa petendi, concluyó que operaba el fenómeno prescriptivo frente los actos censurados bajo el supuesto de hecho descrito, toda vez que, a su juicio, mi poderdante tuvo conocimiento de este desde el 2014, cuando se materializó la fusión de la convocada y TECSA a través de la venta de las acciones con las que se iba a vincular a los operadores no socios de TECSA, proceso al cual se opuso DATACONTROL».

(iii) Sin embargo, «el acto de desviación de clientela que se declaró prescrito nunca se sustentó en los hechos en los que para el Tribunal se sustentaba la pretensión, y en base a los cuales contó el término de la prescripción y declaró dicha figura (la restricción de la compra de acciones para vincularse al MIO y el incumplimiento del compromiso de vinculación). Si bien en los hechos de la demanda se expone la estructuración, creación e incumplimiento del MIO por parte de la SPRBUN en el mercado de movimiento de contenedores y carga terrestre, ello se hizo a forma descriptiva de los antecedentes de la estrategia desleal desplegada por la demandada, y no como sustento fáctico de las pretensiones declarativas».

(iv) En estricto sentido, «los hechos con base en los cuales el Tribunal declaró la prescripción del acto desleal previsto en el artículo 8 de la Ley 256 de 199621 no corresponden al fundamento fáctico en los que se basaba esta pretensión, que nunca estuvo basada en hechos asociados al MIO. Por el contrario, es claro que la pretensión declarativa del acto de desviación de la clientela se basaba en los hechos referenciados por el Tribunal en los literales iii y siguientes del numeral 4.2 de la sentencia de segunda instancia, en los que se describe la estrategia desleal implementada por la SPRBUN desde el 2016».

(v) Así las cosas, resulta claro que «el Tribunal alteró objetivamente la causa petendi de la demanda y declaró la prescripción

del acto desleal tipificado en el artículo 8 de la Ley 256 de 1992 (sic) con fundamento y en razón a dicha alteración y distorsión, que tuvo como consecuencia inmediata la declaratoria de la prescripción descrita».

3.1.4. Cargo cuarto.

Fincándose en el numeral segundo del artículo 336 del estatuto procedimental, se denunció la transgresión indirecta del artículo 23 de la Ley 256 de 1996, por haberse declarado *«indebidamente la prescripción de los actos desleales previstos en los artículos 17 (inducción a la ruptura contractual); 18 (violación de normas) y 11 (engaño), como consecuencia de un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación del Contrato de Concesión y de las declaraciones de parte».* Sobre el particular, adujo la censura:

(i) El *ad quem* *«declaró probado el supuesto de hecho del artículo 23 de la Ley 256 de 1992 (sic), y, en consecuencia, declaró la prescripción de los actos desleales previstos en los artículos 17 (inducción a la ruptura contractual); 18 (violación de normas) y 11 (engaño) afirmando que estos se basaban en una estrategia que parte del hecho de que la SPRBUN haya actuado como operador portuario sin tener autorización para ello, conforme la cláusula 12.19 del contrato de concesión No. 009, y que ello ocurrió desde el año 1994».*

(ii) Así mismo, en el fallo impugnado se sostuvo que *«desde 1994, fecha de suscripción del contrato de concesión No. 009 de 1994, la SPRBUN se encontraba ofertando, publicitando y ejecutando los servicios de operación portuaria para los cuales se encontraba limitado, y que desde entonces mi poderdante tenía conocimiento de tal situación, configurándose la prescripción en los términos del artículo 23 de la Ley 256 de 1992 (sic)».*

(iii) Para arribar a esas dos conclusiones, el tribunal se basó en dos elementos de juicio: *«las declaraciones de parte de los representantes legales de mi poderdante y de la convocada, y el contrato de concesión No. 009 de 1994. Ahora bien, ninguno de los dos medios de prueba citados corrobora la conclusión a la que llegó el Tribunal, bajo ningún tipo de interpretación o análisis».*

(iv) Véase, en cuanto a los interrogatorios, que *«los representantes legales de ninguna de las dos partes afirmaron en sus declaraciones que desde el año 1994 la SPRBUN prestaba servicios de operación portuaria o publicitaba dichos servicios ante terceros. Esto se observa con absoluta claridad en el minuto del interrogatorio de parte de mi representada citado por el Tribunal en el pie de página número 23, donde se aprecia no solo que el representante legal de DATA CONTROL nunca afirmó la conclusión del Tribunal, sino, de hecho, todo lo contrario: que fue solo hasta 2016 que la SPRBUN empezó a anunciar su actividad como operador portuario, siendo este el comienzo de la estrategia desleal demandada».*

(v) Por su parte, *«el contrato de concesión No. 009 de 1994 (el otro medio de prueba en el que el Tribunal basó su conclusión) no permite concluir en ninguno de sus apartes que desde 1994 la demandante estuviera anunciando, publicitando o ejecutando servicios de operación portuaria. De hecho, el mencionado contrato establece todo lo contrario, pues en la cláusula 12.19 prohíbe expresamente a la SPRBUN realizar actividades de operación portuaria en los siguientes términos: “12.19 El concesionario debe permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro sus instalaciones y el concesionario no operará el puerto a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no existe otra alternativa, casos en los cuales debe mediar previa autorización de LA Superintendencia. No obstante, el concesionario podrá prestar el servicio de almacenamiento y será responsable de operar hasta el 40% del total del*

área de almacenamiento cubierta y hasta el 40% del área descubierta, con el fin de garantizar un nivel significativo de instalaciones de almacenamiento accesibles y de servicios a todos los usuarios del puerto; este servicio de almacenamiento será prestado directamente por el concesionario, por sus propios medios o subcontratando para su operación los servicios de un operador portuario, bajo su responsabilidad».

(vi) En esa medida, «es claro que el Tribunal distorsionó los interrogatorios de parte y el contrato de concesión No. 009 de 1994 para concluir que desde 1994 la SPRBUN ofertaba, promocionaba y ejecutaba servicios de operación portuaria y que mi poderdante tenía conocimiento de ellos, cuando es evidente, ante el más simple análisis, que ninguno de los medios de pruebas en mención permite llegar a tal conclusión. De esta manera, se trata de un error protuberante abiertamente contrario al buen juicio, pues como se mencionó, el Tribunal derivó una conclusión de los interrogatorios de parte y del contrato de concesión No. 009 de 1994 que no solo es extraña a ambos, sino contradictoria».

(vii) De no haberse incurrido en ese yerro de valoración, el ad quem «no habría llegado a la conclusión de que la SPRBUN estaba ejecutando desde 1994 los actos de competencia desleal que tenían como fundamento fáctico la prestación de servicios de operación portuaria (la cual carece de cualquier sustento probatorio), y no habría podido aplicar la consecuencia jurídica de la prescripción prevista en el artículo 23 de la Ley 256 de 1992 (sic)».

3.1.5. Formulación cargo quinto.

Invocando la causal primera, la querellante denunció trasgredidos los artículos 1 y 7 de la Ley 256 de 1996.

Como sustento de este embate, arguyó:

(i) El fallador *a quo* «concluyó que no podía pronunciarse sobre los actos desleales cuyo fundamento fuera la violación de la cláusula 12.19 del contrato de concesión 009 de 1994, pues en el sentir del juez lo reclamado corresponde a un tema de buena fe contractual ajena a las competencias que tiene la SIC en materia de competencia desleal».

(ii) Con tal entendimiento, la Superintendencia «dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, y bajo la cual estaba obligado a estudiar bajo el régimen de competencia desleal los actos desplegados por la SPRBUN consistentes en prestar los servicios de operador portuario sin tener autorización para ello, indistintamente de si esta conducta comportaba, además, un incumplimiento contractual».

(iii) Ante tal yerro, «en el recurso de apelación se reiteró que en la demanda no se pretendía que el Juez de competencia desleal declarara el incumplimiento del contrato de concesión No. 009 de 1994, sino la declaratoria de deslealtad sobre los actos concurrenciales contrarios a la buena fe que desplegó la convocada a partir del incumplimiento de dicho contrato (...). Es decir, es en este evento donde los comportamientos de la SPRBUN debieron ser juzgados bajo las reglas previstas en la Ley 256 de 1996 conforme lo prevé el artículo 1º de esta ley, y donde la infracción contractual debe ser estudiada como una falta al actuar honesto, leal y contrario a la buena fe que se debe profesar al momento de competir sanamente en un mercado, pues la infracción comporta una ventaja en el mercado que sumada a varios comportamientos puede comportar estrategias desleales como las que se comprobaron en el presente caso».

(iv) No obstante, «*si bien el juez de primera instancia analizó las demás situaciones de hecho denunciadas, lo hizo sin analizarlas a la luz de violación a la prohibición del contrato de concesión por su inaplicación del artículo 1º de la Ley 256 de 1992 (sic), lo que diluyó el componente desleal de las otras situaciones de hecho. Por lo anterior, solicito a esta honorable Corporación se sirva CASAR la sentencia impugnada, y en su lugar, se sirva declarar que se encuentra probado un incumplimiento a la buena fe prevista en la Ley 256 de 1992 (sic) por parte de la SPRBUN que comporta el acto desleal de violación a la prohibición general*».

3.1.6. Formulación cargo sexto.

Con apoyo en la causal primera, la convocante estimó infringidos los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1996. En síntesis, sostuvo lo siguiente:

(i) El «*juez de primera instancia consideró que el concepto de buena fe a la que refieren los artículos 7 (prohibición general) y 8 (desviación de la clientela) de la Ley 256 de 1992 (sic), y que sirve como parámetro de deslealtad, debe entenderse desde la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. De esta manera, conforme la sentencia impugnada, un acto no se considera como desleal si a pesar de causar un perjuicio en alguno de los competidores, genera un beneficio estructural al mercado*».

(ii) Esa aplicación «*del concepto de buena fe de la sentencia impugnada va en contra de la doctrina de las Cortes acerca de qué es jurídicamente la buena fe, cuál es su contenido y cuál su alcance, pues dado que los dos conceptos tienen rasgos comunes que los unen, lo dicho respecto de la buena fe, aplica por igual al concepto y a la noción de lealtad. Asimismo, desconoce que la noción de lealtad equiparada a la buena fe que impera en la sociedad, concuerda los parámetros que*

establecen los diferentes modelos para valorar la lealtad de la conducta, pues según el modelo social de competencia desleal una conducta es desleal cuando es contraria a la buena fe simple, entendida como la racionalidad del mercado, y según el modelo profesional será desleal cuando es contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial».

(iii) Así las cosas, «en la sentencia impugnada se negaron las pretensiones basadas en los supuestos con los que [se] puso de presente la vulneración de un interés particular que lo lleva a perder sus clientes y mermar su capacidad de competencia en el mercado de operaciones de traslado de contenedores para inspecciones y pre inspecciones DIAN, ANTINARCÓTICOS, ICA e INVIMA en las instalaciones de la terminal de Buenaventura por una estrategia contraria a las normas de competencia por parte de la SPRBUN, dando prevalencia a un supuesto interés general del mercado, que baso en la existencia de una eficiencia otorgada a esta última por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2010, el cual enmarco bajo una interpretación del concepto de buena fe que contraría su verdadero significado».

(iv) Bajo esta distorsión, «el fallador de primera instancia olvidó que la eficiencia no es un permiso que permite a un agente hacer lo que quiera en el mercado y mucho menos actos de competencia desleal, y que los efectos de exclusión de un agente de mercado, en principio frente a un modelo pro competitivo, no están avalados ni por la libre ni la leal competencia».

3.1.7. Formulación cargo séptimo.

Con sustento en el numeral 2 del citado canon 336, la impugnante denunció la trasgresión de los mismos artículos

7 y 8 de la Ley 256 de 1996, «*por error de hecho manifiesto y trascendente de una determinada prueba*». En resumen, alegó:

(i) La Superintendencia, actuando como juez de primer grado, «*declaró la inexistencia de los actos desleales demandados contenidos en los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1992 (sic), argumentando que la eficiencia del El MIO permitió a la SPRBUN realizar una mejor planeación asociada al movimiento de contenedores, y a partir de tal eficiencia, no se configuraban los actos desleales descritos*».

(ii) Sin embargo, «*para arribar a la anterior conclusión, en la sentencia impugnada se omitió por completo valorar las comunicaciones enviadas por la SPRBUN a la comunidad portuaria en el mes de febrero de 2016 aportados con la demanda como “Prueba 9”*».

(iii) Esos elementos de prueba «*no valorados en la sentencia impugnada, demuestran que a) la SPRBUN indicó que era el único que podría realizar las operaciones de traslado de contenedores para inspecciones; b) reconoció que DATACONTROL junto con otros 4 operadores son los únicos que tienen equipos; c) en los comunicados la SPRBUN no pone de presente a la comunidad portuaria su imposibilidad de realizar operación portuaria debido a las limitaciones del contrato de concesión (cláusula 12.19) y a los acuerdo del MIO que no le permitían realizar las operaciones que TECSA realizaba en el mercado para comienzos del año 2016*».

(iv) Igualmente, «*en la sentencia impugnada se ignoró analizar la prueba documental No. 10 aportada con la demanda conformada por las (...) comunicaciones de los clientes que perdió DATACONTROL*», probanza que demostraría «*a) que los clientes que enviaron las comunicaciones eran clientes que tenía DATACONTROL*

desde años atrás, b) que les prestaba el servicio de traslado para inspecciones en el puerto de Buenaventura, c) que el servicio era excelente y no tenían ninguna queja en contra de DATACONTROL; que la comunicaciones de la SPRBUN los llevaron a no poder seguir contratando con DATACONTROL pues la única que realizaba este servicio era la SPRBUN directamente o a través de los operadores que ella contratará; que la pérdida de los clientes no obedeció a la disputa del libre juego de oferta y demanda».

(iv) Si se hubieran valorado esos elementos de juicio, se «habría concluido que en efecto la SPRBUN por medio de sus comunicados, contrarios a la buena fe comercial, había promocionado servicios para los que no estaba autorizado y que, en razón a dicha promoción, los clientes de mi poderdante habían trasladado su demanda a la convocada. Esto comporta una violación directa a las normas citadas pues si el juez hubiera valorado los documentos, habría tenido por probado el supuesto de hecho de ambas normas. En cuanto al artículo 7 de la Ley 256 de 1996, se habría tenido por probado que la demandada incurrió en un acto con fines concurrenciales contrario a las sanas costumbres mercantiles y al principio de buena fe comercial; y en cuanto al artículo 8 de la Ley 256 de 1996, se habría tenido por probada la existencia de un acto ejecutado por la convocada que tuvo como efecto desviar la clientela de mi poderdante. Esto habría derivado en que se declarara la comisión de ambas conductas».

3.1.8. Formulación cargo octavo.

Con apoyo en la causal segunda de casación, la querellante estimó infringido el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 *«al declarar que no se había configurado la conducta descrita en esta disposición, como consecuencia de un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación del contrato de concesión 009 de 1994 y*

el oficio de la ANI del 2 de agosto de 2017 dirigido a la sociedad portuaria». Como sustrato fáctico de la acusación, señaló:

(i) El juez a quo «declaró la inexistencia del acto desleal de engaño bajo la consideración de que los servicios que se promocionaron en las comunicaciones eran servicios que la SPBRUN sí prestaba dentro del puerto, de manera que no era algo que no correspondiera con la realidad. Agregó que la convocada no incurrió en engaño por que la información divulgada no tenía siquiera la capacidad de inducir en error a los destinatarios en la medida en que estuvo ajustada a la realidad, pues se había limitado a replicar lo que dijo la ANI en el oficio del 2 de agosto de 2017 cambiando solo algunas palabras que en ningún sentido modificaba lo que la ANI afirmó».

(ii) Tal conclusión se basó en una tergiversación «del comunicado enviado por la ANI y el del contrato de concesión 009 de 1994, que eran el parámetro para analizar la veracidad de las comunicaciones enviadas por la SPRBUN a la comunidad portuaria promocionando sus servicios como operador», pues «no es cierto que la SPRBUN estuviera autorizada para realizar los servicios de operador portuario en los términos en los que lo anunció y promocionó en las comunicaciones enviadas a la comunidad portuaria».

(iii) Además, «sobre el oficio de la ANI del 2 de agosto de 2017 dirigido a la sociedad portuaria, tanto el juez de primera instancia como el Tribunal distorsionaron gravemente el contenido de este, toda vez que afirmaron que la ANI había reconocido la habilitación de la convocada para actuar como operador portuario con fundamento únicamente en el siguiente apartado: “En atención lo previamente indicado, y teniendo en cuenta las consideraciones presentadas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de competencia en el país, con el presente se confirma a esa sociedad que: Es lícito que la sociedad concesionaria pueda prestar servicios

portuarios, pero bajo ciertas condiciones que garanticen que ésta no abusará de la posición dominante que se generaría a favor de la SPRBUN frente a los demás operadores portuarios”.

(iv) No obstante, «el juez de primera instancia y el Tribunal omitieron el contenido íntegro del documento citado, particularmente los siguientes apartes: “La modificación solicitada en los términos plantados podría afectar derechos de los actuales operadores portuarios, y de adelantarse sin las precauciones y actuaciones debidas, podría generar prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de operadores portuarios que funcionan en la concesión”.

(v) En el fallo de segunda instancia «el Tribunal manifestó que la cláusula citada había sido declarada nula por el Consejo de Estado. La anterior afirmación no corresponde a la verdad pues, como se observa en la sentencia proferida por esta corporación, se concluyó que las partes eran libres de pactar las limitaciones como la contenida en la cláusula mencionada, y que cuando así lo hubieran hechos en ejercicio de la autonomía de su voluntad, la limitación sería válida».

(vi) Los yerros «en la valoración del contrato de concesión 009 de 1994 en el oficio de la ANI llevaron a que en la sentencia impugnada se negará la existencia del acto desleal de engaño. Si hubiera valorado los documentos enunciados de forma correcta se habría tenido por probado que los comunicados enviados por la SPRBUN, aportados en la prueba documental No. 9 de la demanda, contenían aseveraciones falsas u omisivas de la verdad que inducían a error a los consumidores».

3.2. Examen de los cargos.

3.2.1. En sus tres primeras acusaciones, la impugnante censuró al tribunal por haber fincado parte de

la desestimación de sus pretensiones en el éxito de la excepción de prescripción extintiva. En las dos primeras, alegó que ese medio de defensa no fue formalmente esgrimido por la demandada, lo cual constituía una *incongruencia* (cargo primero) o una violación directa del artículo 2513 del Código Civil (cargo segundo). En la tercer censura, se acusó igualmente al fallo de segundo grado de contener una inconsonancia, pero esta vez por cuanto allí se habría declarado el fenómeno extintivo, «*a partir de una causa petendi distinta a la propuesta en la demanda*».

Ninguno de esos cuestionamientos satisface las exigencias de orden formal que rigen al remedio extraordinario en estudio, principalmente porque, en estricto sentido, todos ellos se orientan a discutir aspectos del litigio que son por entero ajenos a los supuestos de casación sobre cuya base se formularon.

Véase que, en sus dos primeros embates, la misma recurrente reconoció que el tribunal analizó lo atinente a la formulación de la referida defensa perentoria y también que, fruto de esa labor, concluyó que «*si bien (...) no rotuló la pasiva en su escrito opositor un acápite de prescripción, lo cierto es que no puede desconocerse que sí se refirió a lo largo del citado legajo a su configuración, alusión que también hizo por vía de excepción previa y, aunque no fue resuelta por no tratarse de uno de los defectos procesales que habilita el artículo 100 C.G.P. para ser debatidos por esa senda, da cuenta de que su presencia fue advertida y reclamada por la pasiva, actuar que corresponde al concepto genérico de defensa*».

En tales condiciones, los eventuales yerros en los que hubiera podido incurrir el tribunal sobre este aspecto, se encontrarían en el campo fáctico, puntualmente en la labor hermenéutica que desplegó sobre la contestación de la demanda, de manera que la acusación que se hubiera querido fincar en esos eventuales desatinos, debió ser reconducida a través de la causal segunda de casación, ocupándose de explicar por qué el entendimiento que dio el tribunal al referido escrito de excepciones era contraevidente.

Nada distinto cabe predicar sobre el tercer cargo, en el cual la impugnante se limitó a reprochar que el tribunal hubiera entendido que los actos de competencia desleal previstos en los artículos 8, 11, 17 y 18 de la Ley 256 de 1996 le fueron atribuidos a la convocada por *«haberse apoderado de la prestación exclusiva de la operación terrestre de inspección y preinscripción en contenedores, y restringir la venta del 14.993% a los terceros operadores que no integraron la primera fase del MIO»*, pese a que, según ella misma lo dijo, la alusión hecha en la demanda a *«la estructuración, creación e incumplimiento del MIO por parte de la SPRBUN en el mercado de movimiento de contenedores y carga terrestre (...) se hizo a forma descriptiva de los antecedentes de la estrategia desleal desplegada por la demandada, y no como sustento fáctico de las pretensiones declarativas de los actos de competencia desleal»*.

El citado racionamiento desconoce, por igual, que

«(...) la incongruencia (que como se ha visto es un defecto in procedendo) no puede confundirse con el error de hecho que, por indebida valoración de la demanda, trasgrede indirectamente

disposiciones sustanciales (equivocación in iudicando), pues la primera se constata por medio de una comparación objetiva entre el contenido de las pretensiones y el resuelve del fallo, mientras que el segundo se verifica estableciendo si la interpretación que el fallador hizo del libelo es contraevidente» (CSJ AC3346 de 2020, rad. 2017-00597).

3.2.2. En su cuarto embate (por la senda de la causal segunda), la impugnante sostuvo que, al declarar la prescripción de las conductas de competencia desleal previstas en los numerales 11, 17 y 18 de la Ley 256 de 1996, el tribunal tergiversó los interrogatorios de parte absueltos por las partes y el contrato de concesión mediante el cual la convocada obtuvo la administración del Puerto de Buenaventura, en la medida en que ninguna de esas probanzas refleja realmente que la demandada ejerce labores de operador portuario desde el año de 1994. Por el contrario, indicarían con toda claridad que esa eventual irregularidad inició apenas en el año 2016.

Tal acusación resulta incompleta y desenfocada. Lo primero, porque uno de los principales elementos de juicio en que se apoyó el tribunal para sostener que desde 1994 la convocada presta servicios de operación, fue la misma demanda⁴, valoración que no le mereció ningún reparo a la impugnante. Lo segundo, en tanto que el fallador colegiado no sostuvo que el contrato de concesión portuaria n.º 009 de

⁴ En la materia, dijo el tribunal «según lo expuso en su demanda (...), no es una novedad para dicha sociedad, al ser una operadora portuaria debidamente reconocida por la Superintendencia desde el año 2004 y conocedora del contrato de concesión que cita, y las normas que regulan tal actividad, que la demandada presta servicios de operación portuaria desde el año 1994, por lo que resulta tardío el reproche que sobre esta circunstancia hace a través de esta acción, en los términos del artículo 23 de la Ley 256 de 1996».

1994 fuera prueba de la comisión de los referidos actos anti concurrenciales; la referencia que se hizo a esa negociación –específicamente en lo que concierne a la excepción de prescripción extintiva– tuvo como único propósito recordar que allí se encontraba la prohibición que, según la accionante, tenía en su contra la convocada para ofrecer servicios operativos.

Ciertamente, fue en esa dirección que el tribunal anotó que *«la demandante aseguró que su contraparte desplegó los dispuestos en los artículos 8, 11, 17 y 18, por: (...) haberle restringido el acceso parcial al software “Cosmos” desde el 24 de febrero de 2016; **y ofrecer y publicitar servicios para los cuales se encuentra limitado “desde el año 1994” en virtud de la concesión portuaria No. 009 de 1994**, induciendo, a través de engaño, en error a los destinatarios y llevando a la ruptura contractual; deberá ser objeto de examen lo atinente a la restricción del software, que no lo atañerá a la publicidad de los servicios, como quiera que, se trata de una conducta desplegada 24 años antes de la presentación de la demanda, tiempo que supera en exceso el dispuesto legalmente para que opere la prescripción»*.

Así las cosas, colige la Corte que las denuncias contenidas en el cargo *sub examine* recaen sobre aspectos fácticos y jurídicos que realmente no están contenidos en la sentencia objeto de censura, proceder que resulta inadmisibile, en tanto que, como lo tiene sentado la Sala,

«(...) el censor tiene la ineludible carga de combatir todas las apreciaciones de fondo que conforman la base jurídica esencial del fallo impugnado, sin que sea posible desatender y separarse de la línea argumental contenida en aquel proveído, principios estos

que, de vieja data, han llevado a la Corte a sostener que los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con esos fundamentos son inoperantes. El recurso (...) se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: el fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos o causales que alega el recurrente, y sin que éste, a su turno, pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido» (CSJ AC, 29 oct. 2013, rad. 2008-00576-01).

3.2.3. Tampoco es viable admitir los cargos quinto sexto y séptimo que enarboló la recurrente, puesto que tales censuras se circunscribieron a cuestionar los fundamentos de la sentencia de primera instancia emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Frente al fallo del tribunal, ningún cuestionamiento allí se hizo.

Ciertamente, en el quinto embate, la actora se limitó a denunciar que: (i) «el juez de primera instancia concluyó que no podía pronunciarse sobre los actos desleales cuyo fundamento fuera la violación de la cláusula 12.19 del contrato de concesión 009 de 1994, pues en el sentir del juez lo reclamado corresponde a un tema de buena fe contractual ajena a las competencias que tiene la SIC en materia de competencia desleal»; (ii) «el Juez de primera instancia dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, y bajo la cual estaba obligado a estudiar bajo el régimen de competencia desleal los actos desplegados por la SPRBUN consistentes en prestar los servicios de operador portuario sin tener autorización para ello, indistintamente de si esta conducta comportaba, además, un incumplimiento contractual»; y

(iii) «si bien el juez de primera instancia analizó las demás situaciones de hecho denunciadas, lo hizo sin analizarlas a la luz de violación a la prohibición del contrato de concesión por su inaplicación del artículo 1º de la Ley 256 de 1992 (sic), lo que diluyó el componente desleal de las otras situaciones de hecho».

Y aunque también manifestó la censora que «en el recurso de apelación se reiteró que en la demanda no se pretendía que el Juez de competencia desleal declarara el incumplimiento del contrato de concesión No. 009 de 1994, sino la declaratoria de deslealtad sobre los actos concurrenciales contrarios a la buena fe que desplegó la convocada a partir del incumplimiento de dicho contrato», finalmente no llegó a indicar los eventuales yerros que el tribunal habría cometido sobre ese particular.

De igual manera, en el sexto cargo la actora solamente criticó que «el juez de primera instancia consideró que el concepto de buena fe a la que refieren los artículos 7 (prohibición general) y 8 (desviación de la clientela) de la Ley 256 de 1992 (sic), y que sirve como parámetro de deslealtad, debe entenderse desde la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. De esta manera, conforme la sentencia impugnada, un acto no se considera como desleal si a pesar de causar un perjuicio en alguno de los competidores, genera un beneficio estructural al mercado».

Y lo mismo ocurrió en la séptima acusación, en la cual la libelista dedicó sus argumentos, en forma exclusiva, a cuestionar que «el Juez de primera instancia declaró la inexistencia de los actos desleales demandados contenidos en los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1992 (sic), argumentando que la eficiencia del El MIO permitió a la SPRBUN realizar una mejor planeación asociada al movimiento de contenedores, y a partir de tal eficiencia, no se

configuraban los actos desleales descritos. No obstante, para arribar a la anterior conclusión, en la sentencia impugnada se omitió por completo valorar las comunicaciones enviadas por la SPRBUN a la comunidad portuaria en el mes de febrero de 2016 aportados con la demanda como “Prueba 9” (...). De igual forma, en la sentencia impugnada se ignoró analizar la prueba documental No. 10 aportada con la demanda conformada por las siguientes comunicaciones de los clientes que perdió DATACONTROL».

3.2.4. Un desatino similar se observa en el último de los cargos en estudio, puesto que la primera parte de esa censura se orientó a sostener que *«el juez de primera instancia declaró la inexistencia del acto desleal de engaño bajo la consideración de que los servicios que se promocionaron en las comunicaciones eran servicios que la SPBRUN sí prestaba dentro del puerto, de manera que no era algo que no correspondiera con la realidad. Agregó que la convocada no incurrió en engaño por que la información divulgada no tenía siquiera la capacidad de inducir en error a los destinatarios en la medida en que estuvo ajustada a la realidad, pues se había limitado a replicar lo que dijo la ANI en el oficio del 2 de agosto de 2017 cambiando solo algunas palabras que en ningún sentido modificaba lo que la ANI afirmó. No obstante, para arribar a la anterior conclusión, en la sentencia impugnada se alteró el contenido del comunicado enviado por la ANI y el del contrato de concesión 009 de 1994, que eran el parámetro para analizar la veracidad de las comunicaciones enviadas por la SPRBUN a la comunidad portuaria promocionando sus servicios como operador».*

Sin embargo, además de ese ataque inicial (el que tampoco es apto para habilitar la admisión del remedio extraordinario, por ser ajeno a las consideraciones de la sentencia de segunda instancia), la recurrente formuló dos reparos frente al tribunal, específicamente en lo concerniente a la conducta de engaño, a saber: *(i)* haber afirmado,

equivocadamente, que el Consejo de Estado declaró nula la cláusula 12.19 del contrato de concesión, que prohibía a la convocada adelantar actividades de operador portuario; y (ii) haber sostenido que en el «oficio de la ANI del 2 de agosto de 2017 dirigido a la sociedad portuaria», dicha entidad «había reconocido la habilitación de la convocada para actuar como operador portuario», pasando por alto que lo que allí se indicó fue que «La modificación solicitada en los términos plantados podría afectar derechos de los actuales operadores portuarios, y de adelantarse sin las precauciones y actuaciones debidas, podría generar prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de operadores portuarios que funcionan en la concesión».

Contrastadas esas dos censuras con el contenido del fallo del tribunal, es evidente la imprecisión e insuficiencia de la acusación en estudio, puesto que, de un lado, el precepto cuya anulación se le atribuyó al Consejo de Estado no fue la cláusula 12.19 del contrato de concesión, sino el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992.

Y de otro, el tribunal sí reparó frontalmente en la advertencia hecha por la ANI, en cuanto al riesgo que, para la libre competencia, podría representar el hecho de que un administrador portuario prestara servicios de operación, solo que concluyó, con fundamento en razonamientos fácticos y jurídicos a los que la impugnante ni siquiera hizo alusión, que tal potencialidad no se había materializado en este asunto, entre otras cosas, porque «los competidores [entre ellos la aquí actora] continuaron desarrollando actividades propias de los operadores portuarios, incluso propias del traslado terrestre», y porque

«las comunicaciones adosadas con la demanda, provenientes de los clientes de Datacontrol, permiten advertir con facilidad, que aun cuando no continuaban contratando con esa sociedad el servicio de traslado de contenedores, si mantenían la relación comercial frente a los demás ofertados por la aquí demandante».

En ese escenario, conviene recordar que el precedente inalterado de esta Corporación tiene decantado que la demanda de casación debe desandar los pasos del tribunal para derribar todos y cada uno de los pilares que sirven de apoyo a su sentencia, porque en la medida en que alguno de sus argumentos basilares se mantenga incólume, la presunción de legalidad y acierto que ampara la labor de esa colegiatura deviene inquebrantable.

Al respecto, se ha sostenido que

«[l]a competencia que el recurso de casación otorga a la Corte, no abre un debate sin límite como si fuera un thema decidendum, todo lo contrario, el fallo del Tribunal atrae sobre sí la censura, como thema decisum. La demanda de casación delimita estrictamente los confines de la actividad de la Corte, la que desarrolla su tarea de velar por la cabal aplicación del derecho objetivo y la preservación de las garantías procesales, según sea la causal alegada.

Síguese de ello, que no puede la Corte abordar un examen exhaustivo de todo el litigio, sino que su misión termina donde la acusación acaba, y si tal impugnación es deficitaria, porque algunos argumentos o elementos probatorios invocados por el Tribunal quedaron al margen de la censura, porque fueron omitidos por el casacionista, que respecto de ellos dejó de explicar

en qué consiste la infracción a la ley, cuál su incidencia en el dispositivo de la sentencia y en qué dirección debe buscarse el restablecimiento de la normatividad sustancial vulnerada, no puede la Corte completar la impugnación. En suma, el ataque en casación supone el arrasamiento de todos los pilares del fallo, pues mientras subsistan algunos, suficientes para soportar el fallo, este pasará indemne» (CSJ SC, 2 abr. 2004, rad. 6985 reiterada en CSJ SC, 29 jun. 2012, rad. 2001-00044-01).

Más recientemente se reiteró este criterio, así:

«(...) el recurso de casación debe contar con la fundamentación adecuada para lograr los propósitos que en concreto le son inherentes y, por disponerlo así la ley, es a la propia parte recurrente a la que le toca demostrar el cabal cumplimiento de este requisito, lo que supone, además de la concurrencia de un gravamen a ella ocasionado por la providencia en cuestión, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad, teniendo en cuenta que, cual lo ha reiterado con ahínco la doctrina científica, si la declaración del vicio de contenido o de forma sometido a la consideración del Tribunal de Casación no tiene injerencia esencial en la resolución jurisdiccional y ésta pudiera apoyarse en premisas no censuradas eficazmente, el recurso interpuesto carecerá entonces de la necesaria consistencia infirmatoria y tendrá que ser desechado.

(...) para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación de la que se viene hablando, el recurrente tiene que atacar idóneamente todos los elementos que fundan el proveimiento, explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a la ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo

dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad sustancial vulnerada, lo que impone entre otras cosas de no menor importancia por cierto, que la crítica a las conclusiones decisorias de la sentencia sea completa.

Ello significa que el censor tiene la ineludible carga de combatir todas las apreciaciones de fondo que conforman la base jurídica esencial del fallo impugnado, sin que sea posible desatender y separarse de la línea argumental contenida en aquel proveído» (CSJ SC15211-2017, 26 sep.).

3.3. Conclusión.

Comoquiera que los ataques planteados en la demanda de casación no resultan completos, enfocados, claros o suficientes, es imperativa la inadmisión de la demanda en referencia, con apoyo en el numeral 1 del artículo 346 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INADMISIBLE la demanda de casación presentada por la demandante, frente a la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del

proceso declarativo que promovió Datacontrol Portuario S.A. contra Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

SEGUNDO. Por secretaría remítase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

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: DFFB7B787429BF17086F64B403EE958DEFEA304C4A717621140C4C7F02328588

Documento generado en 2022-01-24