



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE JUNIO DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-bogota/44>

SALA CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL. PÁG. 3 –11.

COMPETENCIA DESLEAL – PROPIEDAD INDUSTRIAL PÁG. 11 - 20

IMPUGNACIÓN ACTA ASAMBLEA SAS PÁG. 20 - 26

SEGUROS – TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS PÁG. 26 - 34

COMPETENCIA DESLEAL. PÁG. 34 - 41

SALA CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA RADICADO: 11 001 31 03 010 2003 00085-02

TESIS

Descriptorios Cláusula de indemnidad – Actividad peligrosa – Culpa presunta.

De esa manera, los medios de convicción más allá de acreditar que Bj Services Company S. A. se encontraba efectuando el pozo al momento de la explosión y que las actividades que estaban desarrollando en ese momento eran necesarias, son insuficientes para calificar la conducta del lesionado -asegurado- y del presunto actor del daño con miras a dilucidar si alguna incrementó o disminuyó el alto riesgo de explosión al que ambas se expusieron por virtud de su contribución en la explotación de hidrocarburos, razón para mantener la denegatoria de las pretensiones.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S. A. presentó demanda en contra de BP Exploration Company - Colombia-Limited, Baker Hughes de Colombia y Bj Services Company S. A. a fin de que se declare que las últimas son solidariamente responsables de los daños ocasionados a Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.

En consecuencia, se ordene a las demandadas pagar \$377.386.948 con actualización monetaria desde el 15 de julio de 2002, hasta el momento en que se efectúe el pago y en favor de la demandante en calidad de subrogataria legal de los derechos de la asegurada Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. BP Exploration Company - Colombia-Limited tiene suscrito con Ecopetrol contrato de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos en “Santiago de Atalayas, Tauramena, Río Chitamina, Recetor y Piedemonte”.

Para la ejecución de ese negocio jurídico la primera sociedad enunciada, suscribió contrato global maestro de servicios para el “abastecimiento de servicios Weo, Frac & estimación slickline” con Baker Hughes de Colombia.

Esta última, en calidad de mandataria sin representación de esa sociedad, celebró contrato de cooperación interna y mandato con i) Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. y ii) Bj Services Company S. A., en el que la primera actuaba como líder del contrato global maestro mencionado.

2.2. BP Exploration Company - Colombia-Limited es el operador del “pozo B4

Cupiagua” ubicado en el departamento del Casanare, razón por la que tiene calidad de guardiana de esa actividad peligrosa, ejerce de manera exclusiva la dirección y control de exploración y explotación de hidrocarburos por medio dos ingenieros de petróleos en calidad de “Company Man” quienes son sus empleados y responsables del área.

El 14 de noviembre del 2.000 a las 23:50 p.m. mientras Bj Services Company S. A. ejercía las funciones encomendadas se incendió el referido pozo en el territorio materia del contrato de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos.

Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. no se encontraba operando en ese momento, algunos de sus empleados estaban preparando el equipo para la operación siguiente.

2.3. Como consecuencia de ese incendio se vieron afectados “una unidad wire line” y “un camión grúa” de placas T6178 y T6176, respectivamente, junto con “el taller de la wire line” de propiedad de Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.

Esta sociedad tenía contratado con la demandante la póliza de maquinaria y equipos No. 0110206, y para atender ese siniestro la primera designó la firma de ajustadores McLarens Tplis Colombia Ltda. Para que colaborara a la asegurada con la demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. presentó reclamación y solicitud de indemnización por valor US 150.959,61 equivalentes a la fecha del pago a \$377.386.948.

3. Posición de la parte pasiva

Las demandadas se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. Baker Hughes de Colombia

i) “Falta de legitimación por pasiva”; ii) “Inexistencia de responsabilidad de Baker Hughes de Colombia en el siniestro”; iii) “Ausencia de causalidad”; y iv) “Existencia de cláusula de indemnidad”.

3.2. B. P. Exploration Company - Colombia-Limited

i) “Falta de legitimación en la causa por activa y pasiva”; y ii) “Excepción de contrato - estipulaciones a favor de BP- no cumplido.

3.3. Bj Services Company S. A.

i) “Total ausencia de responsabilidad de la sociedad demandada B. J. Services Company S. A.”; ii) “Ocurrencia del siniestro (...) por circunstancias de fuerza mayor o caso”; y iii) “inaplicabilidad de la ley sustancial invocada por la sociedad demandante”.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

2. Se confirmará la sentencia impugnada. Los puntos de impugnación no abren paso a declarar la responsabilidad demandada. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. La demandante censura que es equívoca la conclusión de falta de legitimación en la causa por activa frente a dos de los demandados por efecto de la cláusula de indemnidad contenida en el contrato de cooperación interna y mandato suscrito entre Baker Hughes de Colombia y Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.

Puntualmente alega que es erróneo sostener que la demandante se encuentra sometida a las excepciones que pudiera plantearse a la asegurada, la cláusula de indemnidad no le es oponible porque no hizo parte de ese contrato y cuando asumió el riesgo no conocía el mismo.

3.1. El artículo 1096 del Código de Comercio prevé que el asegurador que pague una indemnización se “subrogará”, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. “Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado”.

La Corte Suprema de Justicia explicó: “una vez que la compañía de seguros realiza el pago de la indemnización, ipso iure sustituye al asegurado en el crédito que tenía contra el responsable de su pérdida patrimonial, en las mismas condiciones que ostentó en su posición como perjudicado directo”

Con respecto a ese derecho, la Alta Corporación enseñó: El derecho así adquirido, (...), «no sufre ninguna mella o alteración por migrar del asegurado a la entidad aseguradora (principio de identidad). Muy por el contrario, ese derecho permanece indeleble, al punto que los responsables del siniestro, como lo impera el artículo 1096 del Código de Comercio –en muestra de dicente acatamiento de la prenotada etiología y naturaleza-, podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado, es decir, no una defensa precaria o limitada por el hecho de ser su demandante el asegurador, sino una que tenga el talante que reclama el derecho litigado, sin miramiento a la persona que se presenta como su titular» (CSJ SC 18 may. 2005, rad. 0832-01).

Se tiene entonces que “[l]a identidad predicable del derecho subrogado -que es únicamente aquel que el asegurado podía ejercer contra quien dio lugar al hecho amparado en la póliza-, se hace extensiva a la acción a través de la cual se ejercitará, es decir, el instrumento judicial cuya titularidad se radica en el asegurador por efecto de la subrogación, es el mismo que tenía a su alcance el asegurado”.

De esa manera “[l]as acciones judiciales que por razón del pago realizado por el asegurador se le transfieren, amén de ser aquellas que tutelan el derecho que pretende ejercerse, **están sujetas a las mismas limitaciones que para ellas tenía el asegurado**” (negrilla fuera de texto).

3.2. Teniendo en cuenta que no es materia de discusión en esta instancia la conclusión relativa a que el contrato suscrito entre Baker Hughes de Colombia y Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. contiene una cláusula de indemnidad que cobija a BP Exploration Company - Colombia-Limited, no hay lugar a examinar ese negocio con miras corroborar esa situación.

Lo anterior, por virtud del principio denominado “**tantum devolutum quantum appellatum**”, consagrado en artículo 320 del Código General del Proceso que dispone: “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (negrilla fuera de texto).

Se tiene entonces que la inconformidad de la parte actora se reduce a que la estipulación - cláusula de indemnidad- que sirvió de base para la absolución de Baker Hughes de Colombia y BP Exploration Company - Colombia- Limited, no es oponible a la primera porque no estaba supeditada a las excepciones que podían plantearse a su asegurada - Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.-

Ese argumento a todas luces se cae por su peso, es el mismo artículo 1096 del Código de Comercio el que consagra que las personas responsables del siniestro “*podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado*”, entender algo distinto es pasar por alto el principio de identidad del derecho subrogado por virtud del cual migra del asegurado a la entidad aseguradora sin sufrir alteración alguna.

3.3. Por la misma razón está condenado al fracaso el punto relativo a que la demandante no conocía el contrato mediante el cual se pactó la cláusula que frustró sus pretensiones. Una vez la compañía de seguros realizó el pago de la indemnización que reclama, lo único que sucedió es que sustituyó al asegurado en el crédito que tenía contra los demandados para reclamar su pérdida patrimonial, en las mismas condiciones que este ostentó como perjudicado directo.

La sola negativa de la aseguradora con respecto a que desconocía los contratos de la asegurada y que tuvieron efectos respecto de los bienes que fueron objeto de daño y posterior indemnización, es insuficiente para contrariar de forma abierta la citada regla que sin excepción alguna abre la puerta a que los demandados puedan oponer las mismas defensas que podrían hacer valer frente al damnificado.

Así las cosas, como es pacífica la conclusión del juez de primer grado relativa a que el citado contrato contenía una cláusula de indemnidad que impedía a la asegurada -Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S.-, reclamar indemnización de perjuicios contra Baker Hughes de Colombia y BP Exploration Company - Colombia- Limited, la cual es

oponible a la actora por virtud de su subrogación en la acción de la primera, se impone despachar desfavorablemente el cargo, es decir, convalidar la decisión de primera instancia de declarar la falta de legitimación en la causa por activa frente a las demandadas BP Exploration Company - Colombia- Limited y Baker Hughes de Colombia.

Lo anterior, conlleva a que los argumentos subsiguientes, analicen la responsabilidad civil en relación con el único demandado frente al cual sí se configura la legitimación del demandante, esto es, frente a Bj Services Company S.A., pero únicamente confrontada con los puntos de reparo debidamente sustentados.

4. Censuró la actora que no se efectuó un análisis profundo de la responsabilidad de Bj Services Company S. A. quien se encontraba operando el pozo al momento del siniestro, actividad peligrosa por la que debió ser declarada responsable.

4.1. En relación con las actividades peligrosas, la Corte Suprema de Justicia ha explicado “*aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños*”, o la que “*debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra*”.

Dentro de las actividades que jurisprudencialmente se han catalogado como peligrosas, se pueden enlistar, entre otras: la conducción de vehículos, operación de locomotoras, conducción de energía, manipulación de máquinas industriales, construcción de edificios, operación aérea, operación de elevadores de carga, conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, manipulación gases residuales de las fábricas, emitir desechos provenientes de chimeneas de instalaciones industriales y manipulación de embalses.

El régimen aplicable a la responsabilidad por actividades peligrosas según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es el de culpa presunta en el que “*el ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero (...)*”.

La misma Corporación indicó que para catalogar una actividad como peligrosa “*debe*

hacerse en cada caso concreto, teniendo en cuenta la naturaleza propia de los elementos utilizados, las circunstancias en que la actividad se realiza y el comportamiento de quien la ejecuta o se beneficia, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que las cosas potencialmente peligrosas puedan causar daños a terceros”.

4.2. En el presente asunto no hay duda que la actividad que desarrollaba Bj Services Company S. A. puede ser catalogada como peligrosa, su finalidad era contribuir al provecho de la exploración y explotación de hidrocarburos, por eso cualquier tercero podía beneficiarse del régimen de responsabilidad que se reclama en que sin lugar a discusiones se presume la culpa de su ejecutor.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que la aseguradora demandante se encuentra ejerciendo la acción de responsabilidad de titularidad de Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. quien a su vez contribuía en el desarrollo de la misma actividad, no se trata de un tercero y por eso su anhelo de beneficiarse de la presunción de culpa se encuentra condenado al fracaso.

Es que el daño reclamado es resultado de la concurrencia de la ejecución de actividades peligrosas, ambas sociedades intervenían de una u otra manera para la explotación de hidrocarburos en el pozo B4 Cupiagua ubicado en el departamento del Casanare y por eso para solucionar el litigio debe recurrirse a la teoría de la *“intervención causal”*.

De ese modo, si el daño es producto de la concurrencia de actividades peligrosas debe analizarse la conducta del lesionado y del actor, la secuencia causal en la generación del daño teniendo en cuenta aspectos tales como la forma como se generó, el cómo, cuándo, dónde y si se incrementó o disminuyó el riesgo frente a la actividad.

4.3. Examinado el expediente con miras a establecer con precisión las actividades desarrolladas en el citado pozo por la demandada Bj Services Company S. A. y la entonces aseguradora Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S., el resultado es desafortunado para las aspiraciones de la parte actora como pasa a analizarse.

Según el contrato de cooperación interna y mandato suscrito por esas sociedades con Baker Hughes de Colombia, esta invitó a las primeras para ejecutar el contrato que le había sido adjudicado por BP Exploration Company - Colombia- Limited cuyo objeto era *“el abastecimiento de servicios WEO, Frac & Estimulación y Slickline”* (fls. 9 y 71 C2), actividades que debían llevar a cabo de forma

profesional (fls. 15, C2).

No obstante, en este juicio no obra prueba clara, precisa y detallada que permita establecer de qué manera se adelantaban en el tiempo las actividades encomendadas a cada una y de forma *“profesional”*, tamiz para determinar si alguna conducta de las implicadas fue determinante en la incrementación del riesgo que implicaba el desarrollo de sus funciones.

Pasar inadvertido ese ejercicio es tanto como entender que la actividad para la que fueron contratadas esas sociedades era peligrosa para la una, pero para la otra no, es concebir que la realización del riesgo a la que las dos se expusieron por virtud de un negocio jurídico es atribuible a la demandada sin que obre prueba que permita avizorar que esta incrementó el mismo.

Nótese, si bien obran incorporados anexos que al parecer describen en qué consistía las actividades de *“Estimulación”* y *“Slickline”*, estos están en idioma distinto del castellano sin su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un intérprete oficial, obstáculo insalvable para que puedan apreciarse como prueba (Art. 251 C.G.P. fls. 74 y 142 C4).

4.4. En la demanda se invocó como medio de prueba: *i)* documental el *“informe final que la firma ajustadora Mclarens Toplis le rindió a BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S. A., de fecha 28 de junio de 2002”* (Cfr. página 11 de la demanda, fls. 361 C1); y *ii)* dictamen pericial (Cfr. página 19 de la demanda, fls. 369 C1), compuesto por ese documento y el *“informe confidencial que la firma ajustadora Mclarens Toplis Colombia Ltda. Le rindió a BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S. A., de fecha 9 de enero del 2003”* (Cfr. página 369 de la demanda pág. 369 C1).

Los anteriores medios de convicción se aprecian en el expediente a folios 95 -114 del C1, el primero suscrito por *“Charlie Brooman White gerente general”* y *“Ing. Jorge Reyes Sterling director de ingeniería”* (fls. 110 C1) y el segundo por este último (fls.114 C1), fueron tenidos en cuenta como dictamen pericial en el decreto de pruebas (Cfr. fls. 34 C5) y se ordenó aclaración (fls. 81 C5) que también se encuentra incorporada suscrita por una tercera persona de nombre *“Juan Carlos Lancheros”* fls. 331 C6).

Sin embargo, a pesar de que con esas pruebas se apuntó a demostrar la incidencia causal de las demandadas en la causación del daño reclamado, se olvidó un punto importante que pone en tela de juicio su contenido. Por ninguna parte aparece que alguna de esas tres

personas fuera experta en exploración y explotación de hidrocarburos, menos en servicios de “WEO, Frac & Estimulación y Slickline”, actividades generales para las que fueron contratadas las sociedades enfrentadas.

Esa situación pone de manifiesto que si bien es cierto no se discute que esa sociedad correspondiera a un ajustador de seguros cuyas funciones entre otras, giran en torno a avaluar siniestros, precisar la causa de estos, determinar si los reclamos están amparados por las respectivas pólizas de seguros y calcular la indemnización, también lo es que se requería determinar si las demandadas incrementaron el riesgo de la citada actividad peligrosa pero bajo el tamiz de un profesional en la materia cosa que no ocurrió.

Memórese, la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y “*requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos*” (art. 226 del C. G. P), y si no está acreditado que quienes rindieron dicho concepto son expertos en las actividades profesionales que estaban desempeñando las partes, de tajo se cierra la puerta a tenerlo como respaldo de una conducta reprochable.

Una de las razones por las que el juez de primera instancia desechó ese dictamen es precisamente porque “*en ninguna de las intervenciones, se indica que especialidad tiene el profesional que la suscribe, solo en algunos indica que es ingeniero*”, sin que la parte interesada hubiese formulado reparo sobre el tema, imponiendo a esta instancia estarse a esa conclusión (fls. 166 C1).

4.5. Pasando inadvertido lo anterior, esa experticia allá de acreditar que para el momento del accidente estaba presente Bj Services Company S. A. y replicar en gran parte lo dicho por personal de la entonces asegurada Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S. no tiene un soporte fehaciente de **una conducta concreta** de la primera distinta a la que otro profesional en la materia hubiese desplegado.

Véase, en esa oportunidad se dijo: “*la causa del incendio como tal parece ser el blow out del pozo de gas, sin embargo, la causa de este podrían ser un error de operación o un defecto de alguna pieza, probablemente imputable a Bp o alguno de sus contratistas, quienes al momento del incendio estaban a cargo del pozo, por tanto, toda vez que el asegurado no estaba realizando trabajos en el pozo en ese momento, no serían imputables a él*” (fls. 104 C1).

Prácticamente lo que dice es que como Production Testing Services Colombia Ltda P.

T. S., no estaba en el pozo al momento del daño esa es una razón suficiente para que fuera imputable a otro, como si nunca hubiese ingresado a ese sitio a desarrollar actividades para las que fue contratada y obviando que las mismas no podían dar lugar a la realización del riesgo, cosa de la que por cierto tampoco hay prueba.

Mas relevante es que no se establece a juicio del experto cuál fue la causa concreta del daño. Se dice que “*parece*” ser que se reventó el pozo de gas, situación que “*podría*” sobrevenir a un error de operación o defecto de alguna pieza, sin explicar técnicamente la base de su apreciación.

No puede entenderse tampoco que el daño solo podría ocurrir por error humano o por defecto de alguna pieza, como si no se tratara de una actividad peligrosa que una de sus características es precisamente que aun con diligencia y cuidado puede tornarse incontrolable para sus ejecutores.

Obsérvese, esa experticia describe procedimientos y equipos tales como pescar válvula de seguridad, fugas en el control line, equipo de well testing del asegurado, matar el pozo, recuperar la sarta, drenar lubricador, desarme del equipo de slick line, recuperación de fluidos, cierre de válvulas y sistema presionado a 800 psi, pero no contiene un concepto profesional o técnico que permita calificar esas actividades.

4.6. Igualmente ocurre con el denominado “*informe privado confidencial*” del 9 de enero de 2003 suscrito por “*Jorge Reyes Sterling*” de quien no se tiene rastro de su profesión u oficio de cara al tema que nos ocupa, situación que resta de toda credibilidad a sus conceptos.

Con todo, dice que se cimentó en “*información adicional suministrada por BP el 12-12-02 y por BJ el 30.12.02*”, en el que en particular relata; “*durante la ejecución de las labores de retiro de la válvula de seguridad del pozo para mantenimiento de esta y así mismo de limpieza y estimulación del pozo, se efectuaron labores fuera de la norma al 100%, adicionalmente no todas las situaciones se registran y no todo era adecuadamente registrado*” (fls. 112 C1).

Para ese efecto, sostiene que con base en esa información se pudo establecer que en el sitio se encontraban por parte de BP dos “*PE - Petroleum Eng*” también referidos como “*Company Man*”, siendo ellos el ingeniero Guido Moreno que supervisaba la operación de campo y el ingeniero Jerry Trythall la operación de “*BJ*” en la camioneta de control (fls. 112 C1).

Manifiesta que según el informe diario del

“PE” del 13 de noviembre de 2000, se registró en relación con el pozo CUP-B que se presentó problemas en *“acople entre x treee y la válvula autoclave y que está penetrando gas por la línea de control, la cual está presurizada a 7.000 PSI”*, al día siguiente se registraron pruebas de presión a 6.000 psi, *“se mata el pozo”* para solucionar y el reporte del tercer día registró el *“cambio de la válvula del problema”* (fls. 112 C1).

No obstante, narra que *“el reporte del PE no registra el cambio de un flanche por otro roscado en la cabeza del pozo, labor que se realizó exitosamente y por solicitud del PE (en esto coinciden la versión de todos los operarios de PTS). Del análisis de las normas de BJ es claro que para sitios donde la presión supere los 5,000 psi, no se deben usar flanches roscados”*.

Como puede verse, al parecer la conducta reprochable consiste en que se usaron *“flanches de rosca”*, cuando tenían presiones mayores de 6.000 psi”. Sin embargo, esa conclusión no está cimentada en el mismo reporte, sino en presuntas versiones de operarios de Production Testing Services Colombia Ltda P. T. S., de lo cuales no hay rastro en el dictamen, situación que resta de credibilidad a esa manifestación.

Igualmente ocurre con la *“fuga encontrada en la válvula de 2” de BJ ubicada en el flw tee bajo el BOP, durante la prueba hidrostática del día 13*”, no hay soporte de la fuente de donde se concluyó: *“consideramos pertinente mencionar que aparentemente por exceso de torque en el apriete de la wing valve manual de la línea de inyección se rompió una parte de la válvula, de donde no es claro si esta válvula estaba totalmente cerrada”* (fls. 113 C1).

Ahora, es claro en este juicio que la asegurada Producción Testing Services Colombia Ltda P. T. S. sí participaba en el desarrollo de la actividad que nos ocupa. Nótese, en el *“informe privado confidencial”*, se relató que *“una de las declaraciones de un funcionario de PTS [no se dice quien] el día 14 [un día antes del siniestro], a las 10: 00 a. m., aproximadamente se iniciaron labores de slick line para recuperar la válvula, encontrando una fuga en una válvula de ½ del equipo de PTS, por lo que se procedió a cambiar la válvula”* (fls. 113 C1).

4.7. Ni siquiera examinando el informe preparado presuntamente por Delio Corrales de Producción Testing Services Colombia Ltda P. T. S permite concluir algo distinto (fls. 268 C1). De entrada, aclara que se trata de una información preliminar porque *“no existe en el momento el análisis detallado de las pruebas*

de equipos y daños materiales efectivamente causados”, sostiene que *“no se logró recolectar mayor información del desarrollo de las operaciones, en los equipos, debido a que se quemaron y porque el material que se podía recuperar hace parte de la investigación de BP”* (fls. 169 C1).

De otro lado, asegura que contiene *“versiones del personal de PTS involucrado en el incidente”*, pero dice *“las siguientes declaraciones han sido transcritas de acuerdo a la versión original de cada uno de los declarantes, se han corregido algunos términos técnicos que en la narración no están bien escritos”* (fls. 288 C1).

Esa situación resta de toda fuerza de convencimiento a ese informe. Es evidente que fue alterado por la persona que lo elaboró, resulta sumamente cuestionable esta determinación cuando quienes estuvieron inmersos en el siniestro sin duda tenía que ser personal calificado, manejaban en gran parte los términos técnicos de la actividad a la que se dedicaban y como si eso fuera poco, no aparece suscrito por los presuntos declarantes y menos por la persona que lo fabricó (fls. 288-308 C1).

4.8. En lo que respecta a *“la aclaración y/o complementación al dictamen presentado en junio 28 de 2002”*, para infortunio del recurrente no puede concluirse algo diferente (fls. 327 C1). Se encuentra suscrito por el mismo *“Juan Carlos Lancheros”* del que no obra prueba de su experticia en el tema que nos ocupa.

En cierta medida resulta contraproducente para los intereses de la recurrente, corroborar que la actividad peligrosa de la que se quiere derivar un régimen especial de responsabilidad también era efectuada por la asegurada, dice: *“este grupo interdisciplinario trabaja en un solo equipo para un solo objetivo que la producción del pozo en mención (...) constantemente se coordinan trabajos en el pozo entre los equipos ya que las operaciones se deben realizar bajo condiciones de altas presiones del yacimiento”* (fls. 327 C6).

Nuevamente se sostiene que la ocurrencia del siniestro *“debe imputarse a un error de operación o defecto de alguna pieza de los equipos”* (fls. 329 C1), argumento que se aleja incluso del régimen de responsabilidad que se reclama por la demandante caracterizada porque en ocasiones se hace incontrolable por su ejecutor aún en condiciones correctas de operación.

Sostiene que la asegurada *“solamente estuvo encargada del retiro de la válvula de seguridad con anterioridad a que se presentara el evento, lo cual se realizó,*

insistiendo que para el momento de la explosión no estaba trabajando en el pozo, dado que ya había terminado la primera fase de su trabajo” (fls. 330 C1), cuando no obra en el expediente prueba clara de la forma técnica en que se procedimiento se desarrolla y menos que no tuviera ninguna incidencia en el riesgo realizado.

Finalmente, asegura *“el evento dañoso, explosión aquí presentada, conforme a la técnica de producción de hidrocarburos era un hecho perfectamente previsible y por ende posible de evitarse, con la cual se hubiera podido impedir sus consecuencias dañosas, pues existen equipos y procedimientos que implementados llevan a minimizar los riesgos por este tipo de eventos, prueba de estos son las mejoras por Bp con posterioridad al evento” (fls. 331 C1).*

Como puede apreciarse, el dictamen sostiene que *“conforme a la técnica de producción de hidrocarburos”* era previsible el hecho dañoso, empero no se advierte que su suscriptor sea experto en esa actividad y de manera precaria sostiene que *“existen equipos y procedimientos (...) que llevan a minimizar riesgos”*, sin describir puntualmente cuáles y sin aludir a un soporte estadístico palpable de que el riesgo podría minimizarse.

De igual modo, en puridad se habla de *“minimizar los riesgos por este tipo de eventos”*, lo que quiere decir que aun cuando se tomen medidas siempre se encuentra presente el riesgo, de ahí la necesidad de que se demostrara la incrementación del riesgo por parte de la demandada, cosa que como viene de verse no ocurrió.

4.9. Reclama el recurrente que se desconoció que según esa experticia la causa próxima del daño derivó de la salida o escape de gas a una presión que alcanzaría a generar una nube por encontrarse un equipo defectuoso o mal instalado.

No obstante, no se advierte concepto técnico en la materia que permita inferir más de toda duda que una pieza concreta estaba defectuosa o mal instalada, menos que esa fue la causa del daño. Tampoco soporta que aun de haberse utilizado los materiales que esa actividad exigía el riesgo no se hubiese realizado.

4.10. Lo hasta aquí visto tampoco cambia si se tienen en cuenta los testimonios practicados, no permiten determinar de forma técnica una conducta concreta que se hubiese desplegado por la demandada que sin duda alguna fuera la causa exclusiva o concurrente de la realización del riesgo.

4.10.1. Los testigos Jairo Andrés Arévalo (fls.

14 C6) y Andrey Román Acevedo Arévalo (fls. 17C6), no estuvieron presentes en el momento de la ocurrencia de la explosión. Por su parte, William Hernán Barrera Gutaquí (fls. 21 C6), para ese momento se encontraba durmiendo (fls. 22 C6).

Edgar Ramiro Cifuentes Bermúdez, relató que se encontraba en turno de noche cuando ocurrió el siniestro, terminaron su trabajo y entregaron el pozo el cual quedó a cargo de BJ Services Company S. A., sintió una explosión fuerte que escuchó a pesar de tener tapa oídos, fue lanzado piso y junto con sus demás compañeros se levantó a correr, trayecto en el que vio que el gas se estaba escapando (fls. 23 C1).

Se preguntó por qué sabía que un flange estuvo involucrado en el accidente y contestó: *“por los comentarios que ha habido en campo”*, y a la pregunta de si podía asegurar con certeza que todos los flanges en el pozo B4 eran propiedad de BP, contestó: *“no, con certeza no”* (fls. 254 C6), datos estos insuficientes para fundar la responsabilidad reclamada.

Estos testimonios más bien reiteran que se efectuaban operaciones en conjunto por parte de la asegurada y BJ Services Company S. A., cerrando la puerta a entender que como esta sociedad se encontraba operando el pozo al momento de siniestro fue quien incrementó el riesgo, como si se hubiese demostrado que la actividad de la asegurada ninguna influencia tuviera, cosa que no se demostró.

Véase, el testigo Jairo Andrés Arévalo al preguntarle porque era necesaria la participación de varias sociedades en la exploración del pozo, contestó: *“porque es una operación en conjunto, en donde Bj iba a inyectar un químico, xileno exactamente, para limpiar las perforaciones y PTS es encargado (sic) de recibir con sus equipos este químico”* (fls. 15 C6).

4.10.2. Guido Fabrizio Moreno ingeniero de petróleos (Company Man), sostuvo que en el citado pozo se desarrolló una estimulación y durante la etapa de inicio se presentó un incidente que obligó a su suspensión.

Los equipos llegaron dos días antes para efectuar trabajos preliminares que incluían la recuperación de la válvula de subsuelo y la preparación para la acumulación de fluidos (fls. 29 C6).

Durante el desarrollo de esa actividad se presentó una falla en la válvula que la conecta al control liner, dando lugar a una fuga pequeña de gas a superficie, se procedió a *“matar el pozo”* entendido esto como la disminución de la presión que tiene la cabeza y se continuó con

dicha actividad descrita hasta que fue recuperada exitosamente (fls. 30 C6).

Después de eso se recuperaron los fluidos bombeados en la operación de “matada”, se continuó con el armado de equipos para realizar estimulación “los cuales incluían a BJ como compañía de estimulación y a PTS como compañía de recuperación de los fluidos de estimulación”, y se hicieron pruebas de presión para garantizar la integridad de los componentes que fue satisfactorias (fls. 30 C6).

Cuando se abrieron las válvulas “swab” para permitir la entrada de los fluidos de estimulación contando con presión positiva hacia el pozo, se ve una fuga de gas considerable, asociada a un ruido muy fuerte en la línea de descarga de estimulación “instalada hacia el contrapozo BJ, inmediatamente se informa al supervisor de Bj para que de la orden al personal que tenía el control de la línea de drenaje del tratamiento (PSV) que es una válvula de liberación de presión (...) inmediatamente se escucha la explosión”. (fls. 30 C6).

A la pregunta de qué otros trabajadores “estaban operando” en la zona del accidente, contestó: que entre otras “estaba BJ como compañía de estimulación, PTS como compañía de recuperación de fluidos de estimulación y recuperación de la válvula de subsuelo” (fls. 31 C6). Manifestó que “es claro que se presentó la fuga de gas a nivel de la línea de alivio de la línea principal que pertenece a BJ” (fls. 36C6).

Con respecto a que el incendio se presentó por la explosión del pozo inyector de gas, dijo: “cuando hacemos trabajos en pozos productores de petróleo o gas, existe un potencial de explosión porque estamos trabajando con fluidos inflamables. Después de la fuga que les comenté que se había visto en la línea de relevo que se ubicaba en el contrapozo Cupiagua B2, vimos la explosión, lo cual nos hace pensar que ahí fue el punto de inicio de la línea de explosión y se pudo haber presentado por defecto de la válvula de relevo pateo por la misma descarga de y tocó el suelo e hizo la chispa o por cargas estáticas generadas durante la fuga” (fls. 33 C6).

Este testimonio a pesar de que relata hechos ocurridos antes y después del incendio, no permita colegir de manera técnica, con precisión y claridad que la actuación de la sociedad demandada hubiese dado lugar a la realización del riesgo. Por el contrario, una vez más aflora que la actividad que desarrollan dichas compañías implicaba un potencial riesgo de explosión dado que se trabaja con fluidos inflamables.

A pesar de que sostiene que se vio un escape de

gas previo a la explosión ecerca de la línea de alivio que pertenece a la sociedad convocada, complementó que esa situación “nos hace pensar” que ahí fue el punto de inicio y que “pudo” haberse presentado por defecto de la válvula de relevo, manifestación de la que emerge que tampoco se tenía plena seguridad de esos hechos, no dejando más camino que restar relevancia a esa prueba.

4.11. Cabe advertir, si algo es evidente en este juicio es que ni siquiera la asegurada con posterioridad a la fecha en que reclamó indemnización estuvo convencida de que el daño fuera atribuible a alguna de las demandadas.

Mediante comunicación del 2 de octubre de 2002, Producción Testing Services Colombia Ltda P. T. S, manifestó a la aseguradora demandante que “en relación con siniestro de B4 (de nov 15/00) y sobre el cual ustedes nos indemnizaron las pérdidas de nuestros equipos, nos permitimos informarles que Production Testing Services Colombia Ltda. **Considera que el origen del siniestro fue accidental**” (fls. 1 C3).

De igual manera, en documento del 21 de octubre del mismo año, dijo a la misma que “después de los diversos análisis sobre el accidente, la única explicación posible de la causa del mismo es la abrupta sobrepresión que apareció en cabeza del pozo que superó el rating de capacidad de los cabezotes de control de presión en tal pozo, los cuales están calculados para soportar un 50% de presión más allá del esperado. Este 50% de capacidad para soportar presión es el margen de seguridad que se aplica a esta actividad regulada internacionalmente por las normas API de industria petrolera. Las razones aquí expuestas tipifican lo que se denomina jurídicamente fuerza mayor y caso fortuito” (fls. 2 C3).

5. De acuerdo con lo visto, la queja del recurrente en punto a que el peritaje presentado por **Mclarens Toplis Colombia Ltda.**, contiene las razones por las que la explosión no corresponde a una fuerza mayor, a todas luces resulta inatendible.

Se reitera que quienes lo suscribieron no acreditaron ser expertos en la materia, tema sobre el que la parte actora ningún reparo formuló y por eso su mérito probatorio no conlleva al convencimiento de que sus conclusiones sean verídicas.

Memórese, “el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta en el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta,

capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina (...)”.

Con todo, cabe indicar que como no está acreditado que Bj Services Company S. A. a través de una conducta reprochable desató el alto riesgo de explosión al que se expuso la asegurada, hecho determinante para la configuración de la responsabilidad demandada, no hay lugar a examinar si se establecieron eximentes de responsabilidad como la fuerza mayor.

6. De igual modo, en lo que atañe a que no se acogió la objeción por error grave formulada contra la pericia presentada por Dora Beatriz Niño Prieto, puntualmente por no haberse aplicado el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas ningún apunte adicional merece, como pudo verse fue el estudiado en esta providencia y tampoco abre paso a las condenas reclamadas.

Cabe poner de presente que este medio de convicción se encuentra elaborado por una *“perito ingeniero de petróleos”*, sin que se hubiese demostrado lo contrario. Concluyó que las causas de siniestros como el que nos ocupa pueden ser *“error humano, falla en los equipos o un caso fortuito”*.

No obstante, señaló que se debían controlar las presiones del pozo y que si ocurrió un escape fue porque hubo aumento de presión *“pero no se puede saber a ciencia cierta porque en el momento del accidente se perdieron los registros físicos, hubo destrucción de manómetros y válvulas lo que impide verificar objetivamente las causas”* (fls 276 C6).

En particular, frente a los equipos dijo que *“habían sometidos a prueba de presión anteriormente”* (fls. 277), hecho que como pudo verse fue corroborado por el ingeniero Guido Moreno, situación que deja mucho que desear en punto a tener por demostrado un error

o incrementación del riesgo en la actividad que estaba efectuando Bj Services Company S. A. (fls. 30 C6)

A pesar de que establece que la labor de la asegurada *“no tuvo incidencia en el accidente”*, desafortunadamente no se explicó técnicamente esa conclusión, además solo tuvo como base *“el testimonio de Jaime Andrés Arévalo”* persona que como se dijo en precedencia reconoció no haber estado presente en el momento de la ocurrencia de la explosión, motivo suficiente para desecharse (fls. 14 C6).

Vía solicitud de aclaración y/o complementación se preguntó *“la perito menciona el procedimiento de apertura de la válvula SWAB que se lleva a cabo en pozo en el momento en que se presentó la fuga de gas y posterior explosión (...) indicar si es un procedimiento razonable en el contexto de trabajo de estimulación que se lleva a cabo en el pozo en ese momento”*, contestó: *“es un procedimiento necesario para permitir la entrada de los fluidos de estimulación”* (fls. 299 C6).

De esa manera, los medios de convicción más allá de acreditar que Bj Services Company S. A. se encontraba efectuando el pozo al momento de la explosión y que las actividades que estaban desarrollando en ese momento eran necesarias, son insuficientes para calificar la conducta del lesionado -asegurado- y del presunto actor del daño con miras a dilucidar si alguna incrementó o disminuyó el alto riesgo de explosión al que ambas se expusieron por virtud de su contribución en la explotación de hidrocarburos, razón para mantener la denegatoria de las pretensiones.

7. Lo analizado es más que suficiente para concluir que los puntos de apelación resultan estériles y por eso resulta imperioso refrendar la sentencia apelada.

COMPETENCIA DESLEAL
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11 001 31 99 001 2015 81659 04

TESIS

Descriptores: Reputación – Marca

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

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

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

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

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

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

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

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

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

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

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

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

2.3. Se dice que Exxonmobil engañó al minorista, pues hizo todo lo posible por arrebatarse a la demandante la distribución en la Estación Villa Yenny, al recomendarle

terminar ese contrato situación que ocurrió en noviembre de 2013.

El señor Rodríguez Silva usó las banderas e imágenes de la demandante en la referida estación de servicio, pese a distribuir combustibles de la primera hasta el 1 de abril de 2014. Posteriormente fueron retiradas de manera precaria se cubrieron, pero se mantuvo la combinación de colores distintivos de la actora en la estructura de la estación.

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

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

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

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

3. Posición de la parte pasiva

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

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

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

deslealtad en la conducta de Exxonmobil”; v) “inexistencia de actos de competencia desleal”; vi) “inexistencia y/o sobrestimación

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

ANÁLISIS DE LA SALA

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. La parte actora rebate que los testimonios de Gabriel Vengoechea, Martha Chávez y las declaraciones de ambas partes acreditan su reputación. Verificadas esas pruebas se impone advertir que la conclusión de la primera

instancia sobre la ausencia de prueba de dicho elemento, debe ser prolijada.

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

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

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

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

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

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

Sostuvo que la señora Martha Patricia manifestó que el contrato con la demandante estaba terminado por volumen, hecho que fue reiterado por Gabriel Vengoechea, y por ello tomó la decisión de contratar porque había mejores opciones y porque Gabriel Franco ejecutivo de la convocante no fue a renovar ese contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este reproche no tiene vocación de prosperidad, porque la carga de la prueba no es un problema jurídico a fijar sino una conducta que debe asumir la parte interesada en sus pretensiones y que se encuentra estipulada en el artículo 167 del Código General del Proceso que consagra: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

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

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

Memórese que *“[e]xiste notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a*

que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito” 15.

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

Ante la falta de veracidad relacionada con la notoriedad de la reputación de la actora no queda más camino que rechazar su invocación y como los demás medios de prueba no la acreditan se concluye que no está probada. La doctrina Explica que “[s]i el juez no tiene certeza sobre la notoriedad del hecho (...), debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permita utilizar para ello”.

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

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

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

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

La doctrina enseña: “*la reputación hay que poseerla. No se presume ni es un hecho del que todo aquel que participe en el mercado, por*

esa simple razón, puede ufanarse (...). La necesidad de la existencia de la reputación para estimar su explotación como desleal implica para quien cree tenerla (el demandante), la carga de tener que demostrarla en el proceso como un elemento de la norma sin el cual la acción está llamada a fracasar por esta falencia, que tornaría el comportamiento en atípico, ya que no se puede exigir protección de lo que no se posee”

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

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

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

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

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

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

(*negrilla fuera de texto*).

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

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

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

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

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

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

4.4. No sobra advertir, a pesar de que en la sentencia recurrida se sostuvo que no se había demostrado la utilización de la imagen en la estación de servicio Villa Yenny durante el periodo reclamado por existir contradicción entre dos testigos, el interesado nada dijo al respecto en esta instancia, cerrando una vez más la puerta a esta Colegiatura para analizar esa situación.

Véase, se concluyó que a pesar de que Gabriel Franco aseveró que la imagen de la actora

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Laudo Arbitral del 26 de octubre de 2015, fls. 43 C1).

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

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

En la misma línea es pacífico que el acercamiento entre los demandados inició desde mayo de 2013, época en la que Agustín Rodríguez todavía tenía una relación comercial con la actora, de manera que la controversia gira entorno a determinar si el medio que utilizó la sociedad convocante para captar ese cliente reviste las características de un acto de competencia desleal.

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

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

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

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

5.4. Con respecto a que no se hicieron

verificaciones, se tiene en cuenta que Martha Patricia Chávez gerente de territorio de Exxonmobil dijo que desde antes de la primera cita con el señor Agustín, vía telefónica este le dijo que estaba interesado porque su contrato con la actora estaba terminado.

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

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

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

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

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

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

Ciertamente en el Laudo Arbitral del 26 de octubre de 2015, emitido en el trámite adelantado por Biomax Biocombustibles S. A. en contra de José Agustín Rodríguez Silva, se

declaró que entre estos se celebró contrato de suministro por el término de 10 años, mismo que incumplió el convocado por dejar de adquirir combustible desde noviembre de la misma anualidad, y se condenó al pago de perjuicios (fls. 73 C1).

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

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

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

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

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

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

Este camino no desconoce las conclusiones del Laudo Arbitral en punto a la terminación de ese contrato, no se está proclamando algo distinto, simplemente se tiene en cuenta que en el mismo se dijo que existía contradicción en sus estipulaciones y que una de ellas permitía concluir que terminaba de forma diferente -por volumen- que fue lo que vio la sociedad demandada.

Esa conducta no puede verse como errónea o engañosa. No se aleja de lo que podía colegirse de las cláusulas de ese negocio, menos cuando

el minorista desde antes de que se acercara a la sociedad demandada estaba convencido que su contrato había terminado por volumen.

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

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

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

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

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

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

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

normativa encajaba en este supuesto normativo.

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

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

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

Tampoco se alude a una consecuencia precisa que permita verificar si se traduce en una afectación a la libertad de decisión del consumidor o dañosa para el funcionamiento concurrencial del mercado, razones todas que impiden analizar si adquirió la calidad de acto desleal de los que describe la cláusula general de prohibición.

Proceder de manera distinta es pasar por alto la prohibición contenida en el artículo 281 del Código General del Proceso que dice: “no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”.

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

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

7.1. En la providencia objeto de recurso de alzada se concluyó que el nefasto resultado del análisis de los actos denunciados no cambiaría aun cuando se aplicara el indicio grave derivado de la falta de exhibición de

documentos porque estos estaban encaminados a demostrar hechos relacionados con las pretensiones indemnizatorias.

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

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

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

De esa manera, lejos está ese indicio grave que

apuntó a demostrar que se causaron perjuicios para tenerlo como hecho indicador y suficiente de la conducta desleal de desviación de clientela, y menos por las razones analizadas.

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

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

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

**IMPUGNACIÓN ACTA ASAMBLEA SAS
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11 001 31 99 002 2018 00411 03**

TESIS

En conclusión, la no prosperidad de este cargo se sustenta en que a juicio de esta Sala, la decisión cuestionada respetó el principio de generalidad porque no se evidencian ventajas ilegítimas en favor de ningún socio. Todo lo contrario, se soportó bajo los siguientes pilares fundamentales: (i) necesidad de aumentar el capital autorizado y emitir nuevas acciones en beneficio de la persona jurídica, (ii) fijación de un mismo valor nominal de las nuevas acciones, (iii) garantía del derecho de preferencia para la compra de acciones para todos los socios en igualdad de proporción, (iv) reglamentación para la suscripción de nuevas acciones sin que se avizoren prerrogativas groseras para determinado socio o grupo de socios, y (v) ausencia de emisión de acciones privilegiadas que generaran desigualdades entre los socios.

ANTECEDENTES

1. Pide la parte demandante se declaren inoponibles las decisiones aprobadas con su disidencia en la Asamblea extraordinaria del 25 de agosto de 2018, relacionadas entre otras, con la reforma estatutaria de aumento de capital autorizado, presentación y aprobación del reglamento de suscripción de acciones, autorizaciones a la gerencia para protocolizar el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones suscritas.

Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos los actos y contratos realizados o celebrados por la sociedad, sus administradores, los socios y los de cualquiera de éstos con terceros para dar cumplimiento, perfeccionar o ejecutar los aparentes derechos derivados de los actos declarados inoponibles, dejando claro que la participación societaria de la demandante queda incólume o

inmodificable, como estaba antes de las decisiones impugnadas.

Como pretensión subsidiaria, pide que en vez de declarar la inoponibilidad, se declare la ineficacia de las decisiones antes reseñadas.

2. Dichas pretensiones se fundan en que en la convocatoria para la asamblea extraordinaria cuestionada, no se modificó el valor nominal de cada acción en la nueva emisión, sin tener en cuenta que la sociedad tiene un valor patrimonial muy superior al expuesto en los estados financieros que la respaldaron, generando un incremento de la participación accionaria a favor de los socios mayoritarios, diluyendo la participación de la demandante.

En efecto, se indica en la demanda que con la reforma aprobada, si la demandante no

suscribe las acciones de la nueva emisión, quedaría con una participación del 2.5%.

Considera que el valor de la acción es irreal y subvalorado, pues de \$25.500 que arroja el estado financiero intermedio, lo reducen a \$1.000 la acción.

Los socios que adoptaron las decisiones cuestionadas, aceptaron la oferta aprobada por ellos mismos, para su ventaja particular y conociendo del perjuicio que infringían a la demandante. Se beneficiaron pagando obligaciones que tenía la compañía, incrementando sus beneficios en la adquisición de la nueva emisión y colocación de acciones a su favor.

El capital autorizado, suscrito y pagado de la sociedad antes de la nueva suscripción y colocación de acciones, correspondía a \$300.000.000,00 representados en 300.000 acciones de valor nominal de \$1.000 por acción, el cual se encontraba dividido entre los 4 socios, cada uno con 75.000 acciones y participación porcentual del 25% que ahora se diluyen dentro de una participación de 3.300.000 (sic) acciones.

Lo propio ocurre con el capital, pues al entrar a la reunión extraordinaria controvertida, la demandante poseía un valor intrínseco de sus acciones equivalente en a \$1.912.800.000,00 y al salir de la misma, se habían convertido en menos de \$175.000.000,00.

3. La sociedad demandada, a través de su representante legal, se opuso a las pretensiones de la demanda formulando como excepciones de mérito la caducidad de la acción, la ineptitud sustancial de la demanda, haberse realizado el aumento de capital en forma precisa, legalidad de la reforma, y el valor intrínseco es una expectativa de derecho.

Sobre la ausencia de carácter general de la decisión, adujo que los socios tienen plena libertad para aumentar sus aportes conforme el artículo 123 del Código de Comercio.

Agrega que conforme el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad, cuando se disminuya el porcentaje de su participación en el capital de la sociedad.

4. La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones relacionadas con la inoponibilidad por falta de generalidad de las decisiones acusadas y advirtió la ineficacia de la decisión de la asamblea que reformó el artículo 19 de los estatutos sociales de la persona jurídica demandada.

Acerca de la inoponibilidad de la decisión de aumento del capital autorizado y la consecuente aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones, tras una revisión del acervo probatorio recolectado, el despacho no encontró que lo propuesto y decidido en la Asamblea extraordinaria cuestionada hiciera referencia particular a algunos accionistas en específico. El aumento de capital a que allí se hace referencia y las decisiones accesorias subsiguientes fueron propuestos a la totalidad de accionistas en los mismos términos. Incluso en el acta se dejó constancia que el revisor fiscal indicó a los presentes, incluyendo a la demandante, que las oportunidades y ofertas a los accionistas son las mismas para todos, tienen el derecho de mantener su participación dentro de la Compañía, por lo que consideró que no hay vulneración de derechos.

Más allá de la inconformidad de la demandante respecto del precio de suscripción de las acciones emitidas, lo cierto es que las decisiones adoptadas en los puntos analizados tuvieron carácter general, pues la decisión de la asamblea de emitir nuevas acciones podía resultar igualmente beneficiosa o perjudicial a cada uno de los accionistas que decidieran suscribir o no las acciones emitidas. Así, en el evento en que todos los accionistas hubieran suscrito proporcionalmente el número de acciones que les fueron ofrecidas, los porcentajes de participación en el capital social, no hubiesen variado.

Se trató de decisiones válidamente adoptadas con las mayorías previstas en los estatutos y en la ley, respecto de las cuales, bajo las pretensiones de la demanda, no resulta posible ni procedente entrar a analizar los motivos que llevaron a su adopción, que incluso podrían haber sido contrarios a los intereses de la demandante, cuya revisión es propia bajo la acción societaria de abuso del derecho de voto.

5. La sustentación del recurso de apelación, precisa que lo que se plantea es la impugnación de las decisiones cuestionadas, por carecer del requisito de generalidad, entendido como el desequilibrio producido en una decisión del máximo órgano social al dar ventaja ilegítima a unos socios en detrimento de otro u otros, lo cual implica la prohibición de que las decisiones de los órganos sociales puedan imponerse contra el bien común de la Compañía o como ventajas ilegítimas para unos socios y en desventaja innecesaria para otros. Los motivos que se aducen como prueba del desequilibrio, se resumen así:

5.1. Se produce un enorme beneficio accionario a los socios que auspiciaron la decisión, como resulta de comparar el valor nominal de la acción con el valor intrínseco o

líquido relacionado en el estado financiero intermedio presentado en la asamblea.

Al confrontar los hechos económicos antes del 25 de agosto de 2018, concluye que pasó de tener un porcentaje accionario del 25% avaluado en \$1.912.881.877,5 a uno del 2.6% equivalente a \$265.064.250.

Aunado a lo anterior, la participación accionaria de los otros 3 socios, pasó del 75% al 97.4%, quienes adquirieron cada acción a un precio muy inferior al valor real intrínseco que se reporta en libros.

5.2. Asegura que con la decisión cuestionada, se aplicó de manera distorsionada la norma que prohíbe hacer operaciones accionarias por debajo del valor nominal (art. 386-4º, C.Co.), pero que en ningún caso ordena o permite que toda negociación accionaria deba hacerse por el valor nominal, o prohíba que se realicen sin tener en cuenta su valor real o intrínseco.

La norma citada no es, en ningún caso, una patente de corso para auspiciar disposiciones asamblearias con objetivos inmorales e ilícitos o que permita la expropiación a la demandante. Esas situaciones e interpretaciones ilegales y antiéticas adoptadas por las decisiones de capitalización que constan en el acta 64, son las que conforman la falta de generalidad, el desequilibrio que comportan las mismas: de esa forma resulta imposible predicar equilibrio, generalidad o igualdad de trato en la respectiva decisión.

5.3. La sentencia también afirma, de otra parte, que existe una acción para atacar la decisión inalicable e indica que es la de abuso de mayorías. Respetuosamente no se comparte dicha aseveración que descarta la acción de inoponibilidad, pues la verdad procesal es que no es exótico, y, por el contrario, es muy común, que exista pluralidad de vías de acceso a la justicia para garantizar un mismo derecho. En el caso bajo examen, se trata de acciones que tienen diferentes sujetos [en una la demandada es la sociedad –art. 24-5.c), Cgp- en la otra, la mayoría abusiva -id, 24-5.e) en aquella], no se persiguen perjuicios, en la segunda, sí; en la primera, el conflicto es precisamente la violación al equilibrio de la decisión lo cual no implica nulidad; en esta, la nulidad es un objetivo de la acción. En síntesis, decir que la acción de inoponibilidad queda excluida por la de abuso del derecho, es negar

el acceso a la justicia de la socia afectada frente a los actos de la sociedad expresados por su órgano máximo (sujeto pasivo: conc., art. 382, Cgp), lo que es distinto de la acción por abuso, contra los socios.

También son distintos los elementos que conforman una y otra acción y así mismo sus pruebas. Así, en la de inoponibilidad como trata del análisis de la generalidad de la decisión y no exige intencionalidad, por una parte, digamos que es una acción más sencilla que la que parte del abuso del derecho. Si la mayor facilidad es el cargo para la improsperidad de la acción de inoponibilidad, ello no es un argumento que permita desechar una acción; por el contrario, a la sencillez de las acciones es a lo que se debe propender.

5.4. La materia de la decisión trata del incremento de capital, esto es, del aumento de los aportes (capital social), siendo una de sus modalidades el aporte en dinero. El art. 122 del C.Co., exige, sin duda, que los aportes deben ser fijados de manera “precisa”, tanto en la constitución de la sociedad como en las reformas de aumento de capital. En el afán de violar los derechos de la actora, se adoptaron decisiones de capitalización cuyo número de acciones suscritas y su valor, generan imprecisión: no se sabe con exactitud la participación de los socios, el número de acciones de cada cuál, ni su valor.

La precisión en asuntos patrimoniales de la sociedad, la veracidad de los mismos es no solo de interés particular sino que trasciende al interés público y social con sus respectivos efectos en el orden público económico. Esta rigurosidad está determinada, no solo en el citado art. 122, sino también en los arts. 50, 52 y 59 del C.Co., y así mismo, en el art. 57 del D. 2649 de 1993, disposiciones legales e imperativas que exigen fidelidad y claridad de los negocios y añaden, información completa del patrimonio que debe permanecer actualizado; la última norma citada ordena que los hechos económicos, como lo es un aumento de capital, deben ser suministrados con características de integridad; reconocimiento de activos y pasivos (cuya diferencia conforma el patrimonio, concepto de primordial importancia en el tema sub-júdice); valuación apropiada y hechos económicos correctamente clasificados, descritos y revelados, lo que no ocurre frente a la anarquía producida por la decisión carente de generalidad ya descrita.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos

frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del C.G.P.

2. Resulta pacífico para los fines de esta providencia, el tema de la ineficacia de la

decisión de la asamblea que reformó el artículo 19 de los estatutos sociales de la persona jurídica demandada, por no haber sido objeto de reparo.

En igual sentido, importante resulta advertir que la apelante al momento de exponer los reparos concretos en primera instancia, advirtió que la acción no plantea aspectos tales como: (i) si era necesaria la capitalización propuesta o su monto, (ii) si la misma se adoptó con las mayorías requeridas, (iii) las razones explícitas o implícitas que tuvieron los miembros de la asamblea para aprobar la capitalización y llevarla a efecto, (iv) si actuaron con culpa o dolo, que serían materia de otras acciones como la ineficacia, el abuso de mayorías o de nulidad o indemnizatorias o responsabilidad, razón por la cual, dichos temas están vedados de análisis en esta instancia.

De igual forma, el reparo descrito en el numeral 5.4. relacionado con la crítica a la forma en cómo se realizó el aumento del capital autorizado por compensación de deudas de la sociedad con los socios, tampoco podrá ser valorado, porque se trata de un hecho nuevo no alegado ni sustentado en la primera instancia, así que su temática resulta novedosa y su análisis conculca el derecho de contradicción y defensa, así como el principio de la doble instancia, en virtud a que dicha acusación fáctica no fue tratada ni discutida por las partes ante el A quo.

La controversia central radica entonces en definir si la decisión de la Asamblea de accionistas de reformar sus estatutos para aumentar el capital autorizado y emitir nuevas acciones con el mismo valor nominal sin tener en cuenta su valor intrínseco o real, es inoponible por carecer del requisito de la generalidad.

3. Bajo ese contexto, se anticipa que se confirmará la sentencia apelada, porque las decisiones cuestionadas no denotan vulneración del principio de generalidad y porque con los reparos formulados, se han evidenciado quejas propias de la acción de abuso del derecho, que no fue la incoada en este asunto, ni siquiera en forma subsidiaria.

4. El primer reparo al fallo de primera instancia, se dirige a sustentar que la decisión de aumentar el capital social y fijar el valor de las acciones, a su precio nominal y no intrínseco, generó un desequilibrio que afecta la generalidad de la decisión.

4.1. Conforme el artículo 188 del estatuto comercial, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan

carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos, precisando que el carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.

El derecho positivo no define entonces el carácter general que debe imperar en las decisiones societarias, así que el aporte doctrinario ha sido el criterio auxiliar para determinar el alcance del citado precepto.

Reyes Villamizar, citando a Enrique Gaviria Gutiérrez, señala: *“Para que sea general, toda decisión debe afectar – para bien o para mal – a los socios, de una manera rigurosamente proporcional a sus respectivos aportes, evitando así toda discriminación que cause un beneficio indebidamente superior o un perjuicio mayor que los que sean correctos.”*

Lisandro Peña Nossa indica que: *“Podríamos decir que la inoponibilidad es una sanción que priva de efectos al acto jurídico frente a terceros y que no obliga a los asociados que se opusieron a su adopción y a quienes estuvieron ausentes en la reunión de asamblea o Juan de socios, ya que la decisión carece de la generalidad que implica la correspondencia con el interés de todos los asociados, es decir, la decisión rompe con el afectio societatis y constituye un abuso del derecho de las mayorías.”*

4.2. El Acta Nro. 64 del 25 de agosto de 20185 deja constancia de la celebración asamblea general extraordinaria de accionistas de la sociedad Avícola La Dominga S.A.S, en la cual, con la asistencia de la totalidad de los socios, entre otros asuntos se adoptaron las siguientes determinaciones: (i) Reforma estatutaria – aumento de capital autorizado, (ii) presentación y aprobación del reglamento de suscripción de acciones, y (iii) Autorizaciones a la gerencia para protocolizar el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones suscritas.

Si se analizan las decisiones cuestionadas, puede inferirse que las mismas tienen un carácter general, porque se fundaron en prerrogativas que la misma legislación mercantil le permite a los entes societarios, esto es, reformar sus estatutos para aumentar el capital autorizado (arts. 122, 376), reglamentar el contrato de suscripción de acciones (art. 384 y 385), reconocer el derecho de preferencia (art. 388) y fijar el precio de las acciones en su valor nominal como mínimo (art. 386 Num. 4).

No fueron las decisiones societarias cuestionadas per se las que causaron el supuesto perjuicio económico de la demandante, sino su decisión de no hacer uso del derecho de preferencia para adquirir el

nuevo paquete accionario. En otras palabras, el alegado desequilibrio patrimonial no tiene relación de causalidad con el aumento del capital de la sociedad, sino con la decisión voluntaria de la socia disidente de no comprar o hacer parte de la nueva suscripción accionaria.

El quantum del precio de la acción por el cual se emitió la nueva suscripción, que se aduce es excesivamente bajo en comparación con el valor intrínseco, no constituía un grosero o protuberante beneficio para los otros socios, porque la demandante bien pudo adquirir nuevas acciones con ese valor, de tal forma que la decisión, en sí misma considerada, ningún reproche puede tener en lo atinente a la generalidad.

En conclusión, la no prosperidad de este cargo se sustenta en que a juicio de esta Sala, la decisión cuestionada respetó el principio de generalidad porque no se evidencian ventajas ilegítimas en favor de ningún socio. Todo lo contrario, se soportó bajo los siguientes pilares fundamentales: (i) necesidad de aumentar el capital autorizado y emitir nuevas acciones en beneficio de la persona jurídica, (ii) fijación de un mismo valor nominal de las nuevas acciones, (iii) garantía del derecho de preferencia para la compra de acciones para todos los socios en igualdad de proporción, (iv) reglamentación para la suscripción de nuevas acciones sin que se avizoren prerrogativas groseras para determinado socio o grupo de socios, y (v) ausencia de emisión de acciones privilegiadas que generaran desigualdades entre los socios.

5. El segundo reparo consiste en sostener, que la acción de inoponibilidad de decisiones carentes de generalidad y las derivadas del abuso del derecho pueden ser concurrentes y no excluyentes.

Aunque se respeta esa posición, la Sala no comparte la tesis de la apelante, en el sentido de que los hechos cuestionados tengan dos acciones judiciales coetáneas, puesto que las mismas se sirven de premisas fácticas muy diversas.

Conforme se desprende de la normativa mercantil⁸, las sanciones jurídicas que se pueden declarar judicialmente en relación con las actas de asambleas o juntas directivas de personas jurídicas de derecho privado son las siguientes: (i) ineficacia, cuando las reuniones se realizan en lugar diferente al domicilio social o sin sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quorum, y cuando no se cumplen los requisitos mínimos establecidos para la segunda convocatoria a asamblea por falta de quorum. (ii) nulidad absoluta, cuando se adopten

decisiones sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, y en las decisiones que se adopten excediendo los límites del contrato social. (iii) inoponibilidad, cuando las decisiones no tengan carácter general.

5.1. La inoponibilidad de decisiones que no revisten generalidad, implica un juicio de estricta legalidad, que requiere la confrontación de la decisión societaria con la ley y los estatutos sociales. De observarse alguna decisión que implique una desigualdad o ventaja ilegítima para algún socio, se configura la sanción, pero no juzgada por sus efectos, sino por el tenor literal en que haya sido redactada.

5.2. En tratándose de las acciones derivadas por el abuso del derecho, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

Como puede observarse, el abuso del derecho en el caso de sociedades por acciones simplificadas, implica un amplio campo de acción, en donde se alega la nulidad absoluta de la decisión cuestionada por ilicitud de objeto, causada por abusos de mayoría, de minoría o de paridad, que le causen daños a otros accionistas o ventajas injustificadas.

El abuso del derecho parte de la base inicial de que la decisión cuestionada es ajustada a la ley y a los estatutos sociales. El objeto del proceso será derribar la presunción de legalidad con las pruebas oportunamente allegadas, que deberán ir encaminadas a probar no solo el daño o perjuicio económico generado, sino también la falsa motivación o desviación de poder que tuvieron los socios mayoristas para adoptar la reforma estatutaria con el único fin de disminuir el patrimonio o los derechos societarios de la demandante, caso en el cual, serán legitimados en la causa por pasiva, no solo la persona jurídica, sino los socios a

quienes se les atribuya el abuso del derecho de voto.

5.3. La ausencia de la fijación de una prima en colocación en el reglamento de suscripción de acciones, tendiente a evitar el detrimento patrimonial de los socios que no hacen uso del derecho de preferencia, no se regula por el tema de la inoponibilidad por la generalidad, sino bajo la égida de la teoría del abuso del derecho.

Es en dicho escenario procesal, donde se debía entrar a controvertir lo que aquí la misma apelante excluyó de revisión, esto es, que se analice si habían motivos serios y objetivos para recapitalizar la acción, que los demás socios conocían de la incapacidad económica de la demandante para hacer parte de la nueva suscripción de acciones, que la ausencia de la prima en colocación de acciones desvaloriza el porcentaje accionario de los socios que no hacen uso del derecho de preferencia, es decir, se analiza la decisión societaria por sus efectos y no por la decisión en sí misma considerada.

Sobre la diferencia con la acción por abuso del derecho, Jorge Hernán Gil Echeverry⁹ precisó: *“En conclusión, en frente de una decisión inoponible, bien puede el socio afectado elegir entre la solicitud de inoponibilidad decisoria o entre la pretensión de la declaratoria de abuso del derecho, o presentar ambas pretensiones, pero de manera subsidiaria, debido a que el lindero entre lo que se considera decisión no general y decisión abusiva es muy débil”*.

Por ello, al referirse al abuso del derecho en las SAS, explicó: *“De manera evidente, la norma parte del supuesto del deber de votar con fidelidad y lealtad y, por tal motivo, enumera las diferentes hipótesis en que se puede considerar que el voto no fue emitido en interés de la compañía. Del presupuesto del voto, se llega al desarrollo de la teoría de las decisiones abusivas; pero en verdad lo que realmente regula el precepto es el abuso en el ejercicio del derecho al voto, más que las decisiones abusivas. Es tan cierto lo anterior que en los denominados abusos de minoría y abusos de paridad no hay decisión social, por falta de quórum decisorio. Claro está, la sumatoria de varios votos abusivos conduce a que la decisión tomada se abusiva.”*

Es cierto que el doctrinante Martínez Neira, tesis que es apoyada incluso por Reyes Villamizar, sostiene que el precio de las acciones que se colocan en el reglamento de suscripción debe ser justo, y por ende, lo adecuado es que las mismas se ofrezcan a su valor intrínseco, a través de una prima que se define por la diferencia entre el valor nominal y el valor de colocación, para evitar la dilución que sufre la posición jurídica del socio en la órbita patrimonial.

Sin embargo, concluye más adelante que las sanciones jurídicas que pueden afectar el contrato de suscripción de acciones, dependiendo de las causales, serían la inexistencia, acción de cumplimiento, ineficacia y nulidad absoluta, dejando por fuera la inoponibilidad que es la acción que se analiza en este juicio.

Incluso, al analizar la impugnación de las decisiones de la asamblea o junta de socios, concluyó lo siguiente: *“Esta acción de impugnación se inspira en la necesidad de proteger el ordenamiento legal en sí mismo. Su ratio legis no es precisamente la de proteger a las minorías de los abusos de las mayorías. Por ello decimos con el profesor Garrigues que sufren de una ilusión óptica “[...] quienes piensan que el fin de este derecho es defender las minorías [se trata de] [...] defender la ley, el estatuto o los derechos individuales del accionista que han sido violados por la junta general.”*

6. Entendida la diferenciación teórica entre las acciones de inoponibilidad y las derivadas del abuso del derecho en materia societaria, importante resulta advertir que en tratándose de asuntos donde se cuestionen decisiones de sociedades por acciones simplificadas, el abuso del derecho de voto por parte de las mayorías, genera nulidad absoluta, por así disponerlo expresamente el legislador en el ya referido artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

En tal sentido, en caso de probarse una causal que demuestre la configuración de un abuso del derecho en las decisiones societarias de este tipo de ente social, surge para el Juez la obligación de declarar la nulidad absoluta de las mismas, en cumplimiento del artículo 1742 del Código Civil, siempre y cuando los socios que intervienen en los negocios jurídicos cuestionados, hayan sido parte en el respectivo proceso.

Lo anterior, por cuanto la nulidad absoluta no abarca únicamente la decisión del acta impugnada, sino las suscripciones de acciones posteriores, en donde interviene cada socio que haya hecho uso del derecho de preferencia, así que los alcances de un fallo en juicios de esta naturaleza, no sólo se circunscriben a la decisión societaria, sino que extiende sus alcances a los actos particulares y concretos que le dan cumplimiento.

6.1. En el presente juicio, se aduce que las decisiones de la sociedad Avícola La Dominga S.A.S afectaron el patrimonio de la demandante, porque se aprobó una reforma estatutaria de aumento de capital autorizado y emisión de nuevas acciones fijando como su precio el valor nominal, sin reconocer una

prima en colocación para respetar su valor intrínseco.

Considera esta Sala que dicha temática no puede ser abordada oficiosamente, independientemente de que se considere o no probada, porque los socios que adquirieron el nuevo paquete accionario, no fueron vinculados como sujetos pasivos dentro de esta actuación, así que no es posible declarar nulidad sobre negocios jurídicos que afectarían a terceros que hacen parte directa de los mismos.

Al respecto, la jurisprudencia del alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha dicho lo siguiente:

[...]Luego, la Corporación desarrolló los requisitos necesarios para que proceda la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de un acto o contrato, en los siguientes términos: “Y el poder excepcional que al Juez le otorga el

artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (Cas. Civ., sentencia de 5 de abril de 1946, G.J. T.LX, pág. 363;). Negrilla de la Sala.

CONTRATO DE SEGURO
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11 001 31 99 003 2018 00692 02

TESIS

Bajo este complejo contexto, estima esta Sala de decisión, que en tratándose del contrato de seguro, por el interés público que reviste, no puede regularse en forma genérica por la teoría de los actos propios derivada del principio de la buena fe entre contratantes que se encuentren en el mismo plano de igualdad o que aduzcan intereses particulares, porque la actividad aseguradora, al ser regulada por el sistema financiero y tener amplio impacto en el modelo económico del Estado, tuvo una regulación especial que autoriza un tratamiento diferencial, justificando entonces que el asegurador, en uso de una prerrogativa normativa, declare automáticamente terminado el contrato de seguro por mora en el pago de la prima, sin que dicho accionar constituya una afrenta al principio de la buena fe, porque se trata de dar aplicación a una sanción legal declarada compatible con la Constitución a través de una sentencia de constitucionalidad que tiene efectos erga omnes y es de obligatorio cumplimiento.

ANTECEDENTES

1. Se solicita en la demanda que se declare que la parte demandada incumplió el contrato de seguro de daños materiales combinados celebrado con la demandante, que aparece incorporado en las pólizas 1001003, 1001036, 1001046 mediante el cual quedaron amparados, entre otros, los riesgos de la naturaleza, daños por agua y anegación.

Como consecuencia del incumplimiento, se pide como condena pagar los siguientes conceptos: (i) \$11.558.782.297 por concepto de daños sufridos por la demandante, (ii) \$18.000.000 por concepto de lucro cesante, (iii) \$42.674.731 correspondiente a las horas extras que tuvo que pagar la demandante, (iv) \$842.728.880 por el valor de la remoción de escombros que tuvo que pagar, (v) los valores que se logren demostrar en el proceso y tengan cobertura por los contratos de seguro, debidamente actualizados y con intereses de

mora liquidados a la tasa máxima vigente, causados desde el momento en que la demandada debió pagar la totalidad de la suma asegurada y hasta que se produzca su pago efectivo. (vi) por las costas del proceso.

2. Como sustento fáctico se indicó que la Empresa de Energía del Putumayo y La Previsora S.A. Compañía de Seguros celebraron desde el año 2013 al 2017 múltiples contratos de seguro de responsabilidad civil extracontractual y de daños materiales combinados con número de póliza 1001003, 1001036, 1001037, 1001046 y 1001978.

2.1. La mayoría de los usuarios son de estratos 1, 2 y 3 y el servicio de energía es subsidiado por el Ministerio de Minas y Energía, con pagos que hace cada tres meses. Sin embargo, por la tramitología del Ministerio, no se enviaban los valores subsidiados a tiempo, lo

cual generaba un retraso en los pagos por parte de la empresa de energía.

2.2. El valor de las primas de los seguros contratados fueron pagados así en el año 2016; (i) \$60.000.000 el 18 de mayo, (ii) \$94.999.800 el 22 de junio, (iii) \$18.000.000 el 28 de junio, (iv) \$65.766.344 el 26 de agosto, (v) \$34.233.666 el 6 de septiembre y (vi) \$64.714.028 el 13 de septiembre.

2.3. En las vigencias anteriores, las pólizas fueron canceladas en forma fraccionada, inclusive en la vigencia 2015-2016 el pago total de las primas se efectuó casi que con la terminación de la vigencia de las pólizas y ello nunca implicó la terminación automática por mora en el pago sino por el contrario, un deseo de renovar los contratos.

2.4. A pesar de la tardanza en los pagos, la aseguradora nunca terminó ni entendió por terminados los contratos de seguros, al punto que renovó los mismos e inclusive afectó sus pólizas en aras de cumplir con sus obligaciones contractuales.

2.5. Al haberse renovado las pólizas en noviembre de 2016 y marzo de 2017, la aseguradora dio a entender con su comportamiento que dichos contratos nunca fueron terminados con ocasión de la tardanza en los pagos.

2.6. En el año 2015 Luis Felipe García Lasso y otros demandaron a la empresa de energía, frente a lo cual se llamó en garantía a la aseguradora, quien en la audiencia inicial llegó a un acuerdo conciliatorio y se comprometió a pagar a los demandantes \$140.000.000,00.

2.7. El 30 de octubre de 2016, se produjo un incendio por *“fallas por fatiga de material de aislamiento del transformados, lo que originó que se produjeran chispas al pie del poste de energía, causando daño a los cultivos de caña panelera y de maíz de propiedad del señor Luis Herald Botina Macías”*. Por ese hecho, la póliza 1001978 fue afectada, cumpliendo la aseguradora sus obligaciones contractuales pese a la tardanza en el pago de las primas por parte de la empresa de energía

2.8. El 31 de marzo de 2017 se produjo un torrencial aguacero en la ciudad de Mocoa Putumayo que provocó la creciente súbita y posterior avalancha de los ríos Mulato, Sangoyaco y de las Quebradas Taruca y Taruquita que a la postre generaron daños en el sistema eléctrico de la región. Por tal hecho, colapsaron dos líneas de alta tensión correspondientes a los trayectos Jamondino-Mocoa y Altamira – Mocoa, las cuales dejaron sin servicio de energía eléctrica a los municipios de Mocoa, Villa Garzón, Puerto Guzmán, Orito, Puerto Asís, Puerto Caicedo,

Valle del Guaméz y San Miguel, produciéndose la pérdida total de la subestación Junín propiedad de la empresa de energía, principal fuente de transmisión y distribución en el Departamento.

Como consecuencia de lo anterior, la demandante tuvo que adelantar labores inmediatas de remoción de escombros y mitigación de daños mediante el alquiler de maquinaria con el fin de salvar y preservar los bienes, lo que implicó la liquidación de horas extras para algunos de sus trabajadores.

En los días posteriores al desastre, el gerente de la empresa de energía y el jefe de la oficina jurídica se comunicaron telefónicamente con la aseguradora y radicaron reclamaciones, en aras de afectar las pólizas referidas y los recibir los pagos indemnizatorios para restablecer el servicio de energía que con tanta urgencia reclamaban los usuarios en medio de la tragedia, frente a lo cual se respondió que se habían nombrado a los ajustadores con la finalidad que éstos establecieran las causas del evento y las circunstancias en que corrió la pérdida reclamada.

El 10 de mayo de 2017 la aseguradora radicó objeciones a las reclamaciones efectuadas, porque consideraba que la prima acordada no fue pagada dentro del término previsto, lo que a la postre la motivó a cancelar las pólizas conforme se hizo constar en el oficio SMC000507 del 28 de junio siguiente.

2.9. Asegura la demandante que la aseguradora vulneró los principios de buena fe y confianza legítima, así como el deber de coherencia creada por sus actuaciones pasadas, transgrediendo la regla de derecho de *“venire contra factum proprium non valet”*.

3. La Previsora S.A. Compañía de Seguros al referirse a los hechos, manifestó que actuó conforme al artículo 1068 del C.Co sin que por dicho actuar legítimo pueda entenderse afectada la buena fe contractual, ni que la atención de las reclamaciones de otras vigencias puedan tenerse como un derecho en favor del demandante, recordando que el pago de la prima es un elemento esencial del contrato de seguro de conformidad con el artículo 1045 del mismo Código.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes; (i) inexistencia de cobertura por terminación automática de los contratos de seguro por mora en el pago de la prima. (ii) no poderse demostrar la fundamentación fáctica y jurídica base de las pretensiones. (iii) culpa exclusiva de la empresa de energía y (iv) sujeción a las condiciones del contrato de seguro y a la ley.

4. La Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dictó sentencia cuya parte resolutive fue la siguiente: (i) declarar probada la excepción que La Previsora llamó “*inexistencia de cobertura por terminación de contratos de seguros por mora en el pago de prima*”, (ii) negar la totalidad de las pretensiones, (iii) condenar en costas a la Empresa de Energía del Putumayo y fijar como agencias en derecho la suma de \$15'000.000 a favor de La Previsora Compañía de Seguros, (iv) ordenar remitir copias de la actuación a la Contraloría General de la Nación, de la integridad de esta actuación teniendo en cuenta la naturaleza de las entidades vinculadas y el objeto de la discusión que aquí se promovió para lo que estimen pertinente.

Precisó que conforme el artículo 1068 del Código de Comercio, declarado exequible por la Corte Constitucional, el efecto allí contemplado opera de pleno derecho, es decir, de manera automática al cumplirse los supuestos fácticos para su configuración.

Adicionalmente, advirtió que la empresa de energía es un consumidor calificado, incluso tuvo capacidad de negociar los términos y condiciones en que contrató los seguros.

Aseguró que opera en este asunto el principio general de derecho de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, según el cual, la persona que se ha puesto en situación de indefensión o de incumplimiento por su propia culpa no puede ser tutelado o cobijado por el ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario significaría que la culpa, la imprudencia o negligencia serían objetos judiciales protegidos, lo cual resulta a todas luces absurdo y contrario a todos los fundamentos esenciales de un estado de derecho.

Advirtió que el efecto de terminación del contrato de seguro establecido en el artículo 1068 del código de comercio a diferencia de la prescripción aludida en el auto arbitral de 2009 son circunstancias diferentes, ya que la teoría de los actos propios requiere del ejercicio contradictorio del derecho que implica una extralimitación del propio derecho, circunstancia que es predicable de la prescripción que requiere una actividad de parte del sujeto que es la de alegarla, contrario a la terminación del seguro por mora en el pago de las primas, figura que no admite pacto contrario y opera de manera automática.

Y en cuanto que ya se había reconocido una indemnización respecto de las mismas pólizas, precisa que no había mediado mora en las pólizas terminadas en los números 1003 y 1036, de tal manera que para ese momento la teoría de los actos propios no tienen aplicación

para el caso en cuestión y en esa medida opera la terminación de los contratos de los seguros por mora en el pago de las primas.

5. La parte demandante oportunamente sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

5.1. El juez de primera instancia pasó por alto que el contrato de seguro es un contrato de buena fe y por lo tanto el análisis y el comportamiento exigible a las partes es diferente de un contrato de compraventa.

La Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera entendió que la finalidad última de la teoría del “*Venire contra factum proprio non valet*” no es salvar la contradicción de comportamientos, que su aplicación es excepcional, y que el artículo 1068 de Código de Comercio tiene aplicación de manera automática terminando el contrato de seguro.

Sin embargo, el artículo 1162 del Código de Comercio señala con absoluta claridad que podrá modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario lo consignado en el artículo 1068 del Código de Comercio, y eso fue exactamente lo que ocurrió en el caso en concreto por parte de La Previsora S.A al renovar y afectar pólizas de seguro pese a los particulares plazos en que las partes aceptaron que se pagaran las primas, aunado a la designación de ajustador que hiciera la aseguradora para la atención de este particular siniestro.

En otras palabras, La Previsora S.A. entendiendo la realidad económica y financiera de la Empresa de Energía del Putumayo, modificó al artículo 1068 del Código de Comercio y afectó la póliza 1001978, pese a la tardanza en el pago de la prima, haciendo una modificación al contrato en sentido favorable al beneficiario del contrato de seguro, tal y como lo permite el artículo 1162 del Código de Comercio.

5.2. No es cierto como lo señaló de manera equivocada el juez de primera instancia que el artículo 1068 opere de manera automática terminando el contrato de seguro y que por lo tanto, la confianza creada por la Previsora S.A., tendiente a afectar la póliza de seguro pese a la tardanza en el pago del contrato de seguro, no tenga ninguna relevancia en el caso en concreto. Aceptar lo expresado por la Superintendencia, equivaldría a prohibirle a las partes que llegaran a un acuerdo sobre el pago de las primas, en un momento posterior a su vencimiento.

La conclusión esgrimida por el delegado en la sentencia tendiente a afirmar que “... *el efecto*

de la terminación del contrato de seguro establecido en el artículo 1068 del Código de Comercio a diferencia de la prescripción aludida en el Laudo arbitral de 2009 son circunstancias diferentes ya que la teoría de los actos propios requiere el ejercicio contradictorio del derecho que implica una extralimitación del propio derecho, circunstancia que es predicable de la prescripción que requiere una actividad de parte del sujeto que es la alegarla o excepcionarla a contrario sensu de la terminación del seguro por mora en el pago de las primas no aplica pacto en contrario y opera de manera automática” es totalmente equivocada por partir de la premisa equivocada de que el artículo 1068 no aplica pacto en contrario y que siempre opera de manera automática terminando el contrato de seguro; pues tal y como se señaló dicha afirmación no es cierta en la medida que el artículo 1162 del Código de Comercio permite su modificación en beneficio del beneficiario del contrato de seguro.

Es decir, se podrá modificar para que en vez de terminar el contrato por mora en el pago de la prima, se proceda al pago del siniestro tal y como sucedió en el caso en concreto al afectarse la póliza 1001978 pese a la tardanza consentida por la aseguradora, en el pago de la prima.

5.3. Por otra parte, la Delegatura de manera equivocada señaló que en virtud del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o más conocido como aquel mediante el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa, la Empresa de Energía del Putumayo se colocó en una situación de incumplimiento contractual al hacer un análisis de caja y solicitar una modificación en las fechas de pago de las primas de seguro e incumplir los pagos, por lo que no puede beneficiarse de dicho comportamiento.

Sobre este aspecto señaló que el argumento está totalmente alejado a la realidad ya que la Delegatura olvidó que la Empresa de Energía del Putumayo depende económicamente en gran medida de los subsidios que debe enviarle el Ministerio de Minas y Energía y que históricamente se ha retrasado en el desembolso de los mismos, por lo cual no puede hablarse de una mora de mi mandante, al no existir un incumplimiento culposo de la empresa de energía, sino una imposibilidad generada por los incumplimientos del Ministerio, para atender en los plazos previstos, sus diferentes obligaciones, como bien lo conoció siempre la previsorora, y lo respaldó y convino, con su proceder contractual siempre demostrado, y contrario al expuesto en este proceso.

En virtud de lo anterior, tampoco es cierto que la Empresa de Energía del Putumayo este alegando su propia culpa para obtener la indemnización, puesto que tal y como quedó demostrado su realidad financiera dependía del cumplimiento de los subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía. Pero además porque el fundamento de la demanda no es la culpa de la empresa de energía del putumayo, sino propiamente la vulneración de la confianza legítima generada en ésta, por parte de la previsorora, en el sentido de contar con unos plazos especiales, para pagar la totalidad de las primas de los contratos de seguro celebrados, y que siempre funcionaron igual, y de cuyas primas se vio beneficiada siempre la aseguradora.

Es decir, señores magistrados, cuando no había siniestro, a la aseguradora le parecía conveniente recibir los pagos de las primas de manera atrasada, y quedarse con ellos; por el contrario, cuando hubo un siniestro, ahí sí fue entonces vehemente en advertir los retrasos.

Si lo anterior, estuviera avalado por la jurisprudencia, lo que se habría presentado con los pagos de las primas que siempre percibió y aceptó, aun cuando atrasadas la aseguradora, es una manifiesto enriquecimiento sin justa causa, pues es claro que si según lo acá expuesto, la terminación por no pagar la prima en los términos estrictamente convenidos, fuera automática, entonces, ¿cuál fue el fundamento que durante todos los años anteriores le sirvió a la aseguradora, para recibir y retener los valores de las primas pagadas de manera atrasada?

5.4. En el curso del proceso se logró demostrar la configuración de los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la teoría de los actos propios:

(a) *Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz:* La Previsorora S.A. pese a la mora en el pago de la prima renovó y afectó las pólizas de seguro.

(b) *El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.* Tras la radicación de las reclamaciones que tenían por finalidad lograr la indemnización de la Sub estación Junin, el 10 de mayo de 2017 surgió por parte de La Previsorora S.A. un segundo comportamiento opuesto y contradictorio al señalado en el literal anterior, al radicar en las oficinas de la Empresa de Energía del Putumayo, objeciones por considerar que “*la prima acordada no fue pagada dentro del término previsto*”.

Cuando La Previsora S.A. dimensionó la cuantía del siniestro que debía pagar, esta vez sí decidió hacer uso de manera abusiva, del derecho de dar por terminado el contrato de seguro por mora en el pago de la prima. Sin embargo, este segundo comportamiento opuesto y contradictorio a los que venía manteniendo es inadmisibles bajo nuestro ordenamiento jurídico. Debe recordarse que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor en un primer momento, conducen a una generación de confianza a favor del acreedor, de manera que demuestran una situación de cumplimiento debido y futuro. Junto a dicha confianza, el deber de coherencia implica una continuidad en el comportamiento materializado en la ausencia de contradicción. No obstante, el incumplimiento posterior de la prestación, implica una defraudación de la confianza legítima y de la coherencia, que el ordenamiento considera como reprochable, antijurídico y contrario a la buena fe, por no compaginar con los predicados de los artículos 1.603 del Código Civil, y 871 del Código de Comercio.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. Como se puede observar sin mayor esfuerzo la identidad de sujetos es palpable en la medida que La Previsora S.A. fue quien le generó la confianza a la Empresa de Energía del Putumayo de que, pese a la mora en el pago de la prima las pólizas se afectarían; y fue la misma Previsora S.A. quien emitió un segundo comportamiento opuesto y contradictorio al negarle a la Empresa de Energía del Putumayo el pago de la indemnización por la mora en el pago de la prima.

Así pues, ha quedado demostrado que la Delegatura se equivocó en la medida que incurrió en yerros interpretativos al no analizar la totalidad de las pruebas recaudadas en el proceso como lo fue la confesión del representante legal de La Previsora S.A, de que en ocasiones anteriores las pólizas se habían afectado pese a la mora en el pago de la prima, y sacar de contexto la teoría de los actos propios o “Venire contra factum proprium non valet” al darle un alcance y finalidad diferente a los de su propia naturaleza.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

2. Resulta pacífico para los fines de esta providencia, porque no se trata de hechos controvertidos en la primera instancia, que la demandante se encontraba en mora en el pago de las primas para la fecha del siniestro, en relación con todos los contratos de seguros contratados.

El problema jurídico central se circunscribe a verificar si la teoría de los actos propios se configura en este evento y si la misma es aplicable al contrato de seguro de responsabilidad civil cuya prima no fue pagada en el plazo pactado.

3. Se confirmará el fallo de primera instancia en su integridad, porque los puntos de reparo concretos sustentados oportunamente en segunda instancia, no logran derribar las conclusiones jurídicas del fallo apelado.

4. Los reparos uno y dos se resolverán conjuntamente, al tener temática jurídica relacionada.

4.1. El primer reparo se sustenta en que con base en el artículo 1162 del Código de Comercio es posible modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario

lo consignado en el artículo 1068 del mismo estatuto.

Por tal virtud, considera que la Previsora S.A al renovar y afectar pólizas de seguro pese a los particulares plazos en que las partes aceptaron que se pagaran las primas, modificó la regla de terminación automática del contrato por mora en el pago de la misma, aunado a la designación de ajustador que hiciera la aseguradora para la atención del siniestro.

El segundo reparo critica que el juez de primera instancia consideró que el artículo 1068 opere de manera automática terminando el contrato de seguro y que por lo tanto, la confianza creada por la Previsora S.A., tendiente a afectar la póliza de seguro pese a la tardanza en el pago del contrato de seguro, no tenga ninguna relevancia en el caso en concreto.

4.2. El alcance interpretativo del artículo 1162 del Código de Comercio hace referencia aquellas normas mercantiles que no tienen carácter imperativo en materia de seguros, permitiendo que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, modifiquen en sus convenciones aquellas normas supletivas, siempre y cuando se hagan en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

No se trata entonces de un tipo normativo abierto que permite interpretar los contratos como a bien tengan las partes, sino que se consignó una prerrogativa legal que se debe

usar a la hora de confeccionar los contratos y negociar los mismos, pues lo que se permite es pactar en contrario a lo estipulado en las normas allí mencionadas.

En el caso específico del artículo 1068 del Código de Comercio, es claro que dicha norma fue modificada con posterioridad a la vigencia del artículo 11627, así que la facultad de pactar en contrario regulada por esta última, fue modificada por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990, conforme el cual, la consecuencia de la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima no podrá ser modificada por las partes, según se lee con claridad del tenor literal de la norma en cita.

Acudiendo a las reglas básicas de hermenéutica jurídica contenidas en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, la ley posterior (Ley 45 de 1990. Art. 82) prevalece sobre la ley anterior (Decreto 410 de 1971. Art. 1162). En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

Por tal virtud, no es cierto, como se evoca en el reparo concreto, que las partes puedan pactar algo diferente a la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima, pues incluso dicha consecuencia normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-299 de 1999, cuya ratio decidendi precisó:

“La falta de compromiso del tomador en la realización de su obligación principal produce el rompimiento de ese principio de la buena fe; por lo tanto, es indispensable que las partes reunidas en un contrato de esta índole desplieguen una actividad con lealtad para su ejecución, gobernada por la diligencia y el cuidado necesarios, ya que todo acto contrario a la misma, como sería la constitución en mora por el tomador, agrede la confianza del asegurador en el desarrollo del contrato y frente a los riesgos que éste ha asumido, imposibilitando el cumplimiento simultáneo de las obligaciones mutua y recíprocamente contraídas. La razonabilidad de tal medida es indudable para la Corte, ya que no puede olvidarse que la terminación del contrato proviene de una actuación imputable al tomador, totalmente desleal frente a lo pactado y por un hecho que ha podido evitar de haber actuado con buena intención y de conformidad con lo convenido, arriesgando de esta manera la finalidad buscada con la celebración del contrato.

(...)

Por consiguiente, concluye la Corte, la terminación automática del contrato de seguro por la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, no desconoce el principio de la igualdad de las partes contratantes (C.P., art. 13), sino que por el contrario lo atiende, como quiera que por las razones señaladas, se coloca en un plano de equidad al asegurador frente al tomador por los riesgos contratados, obligación que ha asumido desde que comenzó la vigencia del contrato, al determinar que

cesen sus obligaciones dada la ruptura del nexo de reciprocidad e interdependencia entre ellos y en forma atribuible al tomador, quien a su vez ha sido beneficiado con un aumento del plazo para pagar (C.Co., art. 1066). De lo contrario, se estaría sometiendo a la compañía aseguradora a un inequitativo esfuerzo por continuar cumpliendo con lo debido y a una injustificada permanencia en la situación contractual señalada, desconociendo así mismo la aplicación del principio de la “*Exceptio non adimpleti contractus*”.

(...)

En síntesis, la facultad de terminación automática del contrato de seguro ante el incumplimiento por parte del tomador del pago de la prima, es tan sólo la materialización de los principios antes expuestos, los cuales están protegidos constitucionalmente y por tanto no vulnera los derechos ni intereses patrimoniales del tomador, ni del beneficiario, ni del asegurado, como ha pretendido argumentar la accionante.

(...)

De manera que, dicha causal de terminación automática del contrato de seguro es exclusivamente imputable al tomador por provenir del ejercicio de su autonomía en cuanto a la forma como atiende sus obligaciones contractuales, máxime cuando la identidad del tomador, el asegurado y el beneficiario se reúnen en una misma persona, en la contratación a nombre propio, y en el hecho mismo de que dicho plazo para pagar la prima puede ser acordado de mutuo acuerdo en forma contractual (C.Co., art. 1066). Por lo tanto, resulta improcedente alegar para su defensa, un desconocimiento de los términos de cumplimiento de la obligación principal, con base en lo antes indicado, como tampoco argumentar en su defensa la propia culpa para eximirse de la responsabilidad que como deudor de esa obligación le cabe (C.C., art. 1604).”

4.3. Y como si lo anterior fuera poco, los contratos de seguro celebrados por las partes expresamente consagraron la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima, tal y como se observa en las siguientes pólizas: (i) 1001003, (ii) 1001036, (iii) 1001978, (iv) 1001037 y (v) 1001046.

En las carátulas de los referidos contratos, se lee con claridad el siguiente texto: “**LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA DE LA PÓLIZA O DE LOS CERTIFICADOS O ANEXOS QUE SE EXPIDAN CON FUNDAMENTO EN ELLA, PRODUCIRÁ LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO Y DARÁ DERECHO AL ASEGURADOR PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA DEVENGADA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DEL CONTRATO (ARTÍCULOS 81 Y 82 DE LA LEY 45 DE 1990 Y ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). EL PAGO TARDÍO DE LA PRIMA NO REHABILITA EL CONTRATO. EN ESTE CASO LA COMPAÑÍA SÓLO SE OBLIGA A DEVOLVER LA PARTE NO DEVENGADA DE LA PRIMA**

EXTEMPORÁNEAMENTE.”, por lo que el argumento consistente en que las partes modificaron dicha cláusula en las renovaciones no está soportada en las pruebas que aporta el mismo demandante, así que este cargo no tiene vocación de prosperidad, sin necesidad de mayores elucubraciones sobre dicho tópico, pues debe imperar la regla general del artículo 1602 del Código Civil, según el cual, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Ninguna confianza defraudó el asegurador frente a su tomador y asegurado, pues en todo momento, desde el contrato inicial y en las carátulas de las renovaciones, le advirtió sobre las consecuencias jurídicas en caso de incumplir los plazos concedidos para el pago de la prima, por lo que su desidia contractual, al incumplir los compromisos válidamente pactados, no están soportados en el tenor literal de los documentos que rigen sus relaciones.

5. El tercer reparo se resume en las siguientes premisas: (i) No se tuvo en cuenta que la Empresa de Energía del Putumayo depende económicamente de los subsidios que debe enviarle el Ministerio de Minas y Energía, (ii) que históricamente dicho Ministerio se ha retrasado en el desembolso de los mismos, (ii) que se configura un enriquecimiento sin justa causa por parte del asegurador al haber recibido las primas en forma extemporánea.

Considera la Sala que estos reparos no están atados a ningún condicionamiento del clausulado general, pues no hay prueba de que el asegurador haya ofrecido o pactado tratamiento especial o diferencial para su tomador, relacionado con la fuente de sus ingresos para perfeccionar los negocios jurídicos que son la fuente de las obligaciones cuestionadas en este litigio.

Tampoco se observa en los contratos de seguros celebrados, alguna cláusula que hubiese previsto la mora del tomador derivada del incumplimiento de obligaciones por parte de un tercero.

Por tal virtud, estos cargos no saldrán avantes, porque se soportan en causales que no eximen de responsabilidad al tomador del seguro, quien según los precisos términos del convenio, debía pagar dentro de cierto plazo las primas so pena de operar la terminación automática del contrato de seguro, lo que en efecto sucedió, sin que se pueda alegar el hecho de un tercero (retraso en los pagos) como eximente legítima para justificar el incumplimiento de los compromisos que voluntariamente asumió sin someterse a condición alguna.

En lo que concierne al presunto enriquecimiento sin causa por virtud de los abonos a las primas pagadas extemporáneamente, se trata de una acusación novedosa que sólo viene a ponerse de presente en segunda instancia, así que excede la competencia funcional del fallador de segundo grado. No obstante, importante se torna advertir, que la aseguradora mediante comunicación del 28 de junio de 2017 le informó al gerente de la empresa de energía, que una vez efectuados los cruces respectivos, se efectuará una devolución de \$276.675.941,62 por las primas pagadas después de operar la terminación automática de los seguros.

6. El cuarto y último reparo, hace referencia a la configuración de los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la teoría de los actos propios.

Dicha teoría encuentra su respaldo jurídico en el principio de la buena fe, consagrado en los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil, 863 y 871 del Código de Comercio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples sentencias sobre el tema, precisando en la Sentencia SC11287-2016, reiterando un precedente de la sentencia del 14 de enero de 2011(Exp. 2001-00457-01), los alcances de la teoría de los actos propios así: “(...) *Esta figura no es una garantía absoluta, sino que es siempre subsidiaria y supletoria, por lo que no opera cuando existen normas expresas que amparan el comportamiento de las personas, por muy contrario que pueda ser a sus actuaciones anteriores, pues el simple cambio del sentido de una conducta no constituye una expectativa de la cual tenga que surgir una obligación para el agente y, por el contrario, es una actitud del libre ejercicio de la voluntad que tutela el ordenamiento positivo.*”

Más adelante, el mismo precedente resaltó: “(...) *Expuestas así las cosas, es pertinente puntualizar ahora que si bien es evidente la necesidad de que las partes observen aquellas líneas de comportamiento, que no contraríen los ya trazados en sus conductas, ni menos minen su credibilidad en el desarrollo precontractual o contractual con desorientaciones perniciosas; a pesar de tan noble propósito, se decía, surge incontestable, de todas maneras, que la observancia irrestricta de sus propios actos no aparece como un deber u obligación absolutos, dado que existen hipótesis en las que ante situaciones similares o con respecto a actos desplegados con anterioridad por la misma persona, que sirven de apalancamiento para su*

actuar en el inmediato futuro, le está deferida la posibilidad de apartarse de los mismos. Por consiguiente, no se trata en casos tales de viabilizar los cambios inesperados, sorpresivos y contradictorios; ni de imponer irrestricta e irreflexivamente la observancia permanente e inmodificable de lo actuado.

En efecto, la supletoriedad o subsidiariedad es una característica de la regla que se comenta, pues no opera de manera automática ni en todos los eventos, luego no es ilimitada; por ello, en las situaciones en que hipotéticamente hay incursión en los predios del acto propio debe sobrevenir la confrontación del suceso en sí con la regulación normativa vigente para determinar la pertinente procedencia. Su vitalidad, entonces, se patentiza en la medida en que el asunto del que se trate no tenga una regulación legal general o especial ante la cual, por su naturaleza, el principio deba ceder. No siempre y de manera rotunda toda reclamación ulterior que pueda contrariar un comportamiento ya agotado debe ser concebida, necesariamente, como la trasgresión de la reseñada regla, pues, como ya se dijera, no son pocas las ocasiones en que la misma ley considera el comportamiento precedente como irrelevante para los efectos de estructurar o encajar en el aludido principio.

Ciertamente, existen condiciones o circunstancias que aconsejan e, inclusive, imponen la variación de comportamientos precedentes. Hay hipótesis en donde es el propio ordenamiento el que autoriza apartarse de la proyección generada a partir de los actos realizados antecedentemente, por lo que, sin duda, variar de conducta y sustraerse o distanciarse de las líneas demarcadas durante un período suficiente para haber generado en el cocontratante algún grado de confianza o la creación de expectativas, no resulta dañino ni deviene atentatorio de la teoría que se comenta”

Extrapolando las reglas del precedente antes referido, y sometiénolas al tamizaje del asunto sometido a estudio, infiere la Sala que en tratándose del contrato de seguro, por la relevancia jurídica dentro del sistema financiero del Estado y su regulación especial, no permite aplicar la teoría de los actos propios derivada del principio de la buena fe, porque el mismo legislador estableció la consecuencia de la mora en el pago de la prima, es decir, no se trata de un asunto sometido a la decisión del asegurador, sino que la misma ley prevé la terminación automática del contrato de seguro, tal y como se analizó en precedencia, sin necesidad ni siquiera de declaración de parte o judicial.

La razón de ser de este tratamiento diferencial del contrato de seguro, se desprende de la misma sentencia C-299 de 1999, que al justificar la sanción tan extrema que el legislador impuso al tomador de seguro incumplido, expuso: “Desde este punto de vista, la regulación jurídica de la actividad de los seguros, aun cuando forma parte del derecho privado y del comercial, ofrece aspectos que no corresponden exactamente a los principios que caracterizan estos ordenamientos. Uno de ellos, y especialmente en cuanto interesa a la materia bajo examen, se refiere a la intensidad de la regulación legal de la contratación propia de los seguros, que por tratarse de una actividad calificada por el constituyente como de interés público, habilita al legislador para regular en mayor grado los requisitos y procedimientos a que deben ceñirse los contratantes, sin que ello signifique que se eliminen de un todo principios inherentes a la contratación privada. (...) Es claro que los presupuestos constitucionales que gobiernan la actividad económica aseguradora y el desarrollo de la misma, deben verse reflejados en los instrumentos mediante los cuales ella se cumple, en particular, el contrato de seguro. Por consiguiente, el legislador debe observar su prevalencia al regular materias relativas a su celebración y ejecución, sin que ello implique dejar totalmente de lado, los principios que inspiran la actividad contractual ordinaria. De esta forma, la actividad aseguradora, por su origen y finalidad económica, se desenvuelve a través de un permanente proceso de consolidación económica y financiera, con perfeccionamiento de los resultados operativos y de los servicios ofrecidos, ampliando coberturas y disminuyendo costos, a fin de dar seguridad en la protección de los riesgos y en el pago cumplido de los siniestros, proceso que necesariamente debe reflejar una sujeción estricta a principios que rigen cualquier clase de contratación, como ocurre con el principio de la buena fe, la igualdad de las partes contratantes, la diligencia y equilibrio contractual, entre otros.”

Bajo este complejo contexto, estima esta Sala de decisión, que en tratándose del contrato de seguro, por el interés público que reviste, no puede regularse en forma genérica por la teoría de los actos propios derivada del principio de la buena fe entre contratantes que se encuentren en el mismo plano de igualdad o que aduzcan intereses particulares, porque la actividad aseguradora, al ser regulada por el sistema financiero y tener amplio impacto en el modelo económico del Estado, tuvo una regulación especial que autoriza un tratamiento diferencial, justificando entonces que el asegurador, en uso de una prerrogativa normativa, declare automáticamente terminado el contrato de seguro por mora en el pago de la

prima, sin que dicho accionar constituya una afrenta al principio de la buena fe, porque se trata de dar aplicación a una sanción legal declarada compatible con la Constitución a través de una sentencia de constitucionalidad que tiene efectos erga omnes y es de obligatorio cumplimiento.

El tal sentido, inane resulta analizar las probanzas tendientes a verificar si la aseguradora en forma pretérita activó los seguros estando en mora el tomador, porque el pago de siniestros en determinados eventos, pueden no siempre motivarse en el estricto cumplimiento del clausulado, sino también

pueden decidirse por variables económicas, donde la aseguradora analiza el costo beneficio de apoyar o pagar el siniestro a pesar de la mora, con tal de conservar a su cliente para renovaciones futuras, lo que no implica que a pesar de ello, siempre va a tomar la misma decisión, porque se reitera, se trata de ponderaciones de mercado que bien pueden ser analizadas y que de ninguna manera constituyen una conculcación a la buena fe contractual.

En conclusión, el cargo invocado no tiene vocación de prosperidad y por tal virtud, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COMPETENCIA DESLEAL
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11 001 31 99 001 2015 21940 02

TESIS

Descriptores: Explotación de reputación ajena.

En ese orden de ideas, la ausencia de autorización de Disney Enterprises Inc. para la producción, promoción, venta de boletas y publicidad de la obra dramático musical “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, constituye una vulneración a las normas de derecho de autor invocadas por el *a quo*, por lo que el primero de los supuestos para que el acto de competencia desleal reclamado se configure, se encuentra acreditado.

Y es que recuérdese que el perjuicio, para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético; es decir, “(...) **cierto y no puramente conjetural** (...) *no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)*”²⁰; pues las pretensiones de resarcimiento pueden ser atendidas, como lo ha dejado sentado la Honorable Corte Suprema de Justicia, “*sólo en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa**, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes*”, así como aquellas extraídas de “*simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido*”²¹.

Es por lo expuesto, que no era posible acceder a las pretensiones indemnizatorias deprecadas por la actora, comoquiera que no se encuentra acreditado el menoscabo pecuniario que padeció, por lo que se dispondrá su revocación.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. Declarar que los demandados incurrieron en las conductas previstas en los artículos 7° (prohibición general de competencia desleal); 11 (engaño), 14 (imitación) y 15 (explotación de la reputación ajena) de la Ley 256 de 1996; al comercializar, promocionar, publicitar, vender boletería, poner en escena y permitir la realización del show “*Frozen el musical*” sin autorización previa de la demandante; así como también, en el acto de competencia desleal estipulado en el artículo 18 de la misma normativa, en razón a que con las referidas actuaciones transgredieron las disposiciones de derecho de autor contenidas en los artículos 4° y 13 de la Decisión 351 de 1993, los artículos 2°, 3°, 12, 96 y 103 de la Ley 23 de 1982; y los artículos 2°, 4° y 5° del Convenio de Berna.

1.2. Como consecuencia de lo anterior, se les ordene: (i) abstenerse en el futuro de comercializar, promocionar, publicitar, vender boletería, poner en escena o realizar cualquier otro acto de comunicación pública del show “*Frozen el musical*” o cualquier otro espectáculo musical similar no autorizado de la obra cinematográfica “*Frozen*”; (ii) retirar del mercado y de todos los medios físicos y digitales, incluidos todos los sitios web y redes sociales, la totalidad de la publicidad relacionada con la mencionada función, y (iii) no usar la obra cinematográfica “*Frozen*” y/o sus personajes, así como cualquier otro nombre, marca o elemento similares o asociados a ella.

1.3. Como indemnización, condenar a los demandados al pago de los perjuicios causados por las conductas de competencia desleal, los que “*teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000*”, bajo juramento estimatorio calculó en la suma de \$156'169.767; más las costas procesales.

2. Hechos, acciones y omisiones

2.1. En demanda radicada el 7 de octubre de 2015, la actora adujo ser la titular exclusiva de la obra cinematográfica “*Frozen*”, así como de sus personajes y demás elementos allí incluidos; que la misma está registrada ante la Oficina de Derechos de Autor de Estados Unidos desde el 18 de diciembre de 2013; que fue estrenada por Disney Enterprises Inc. el 27 de noviembre de 2013 en Estados Unidos y la primera semana de enero de 2014 en Colombia con gran acogimiento; y que es una obra muy reconocida, que entre otros galardones ha obtenido 2 premios de la academia “*Academy Awards*”, 1 premio Globo de Oro “*Golden Globe*”, premio del Gremio de Productores de América “*PGA Award*”, convirtiéndose en la película más taquillera y la obra cinematográfica animada más taquillera de la historia del cine.

2.2. Relató que la obra consiste en la historia de la travesía que emprende Anna en búsqueda de su hermana, la princesa Elsa, quien tiene el poder de crear hielo y nieve, y que por el temor de lastimar a su hermana se alejó de ella. En dicho viaje, se encuentra con Kristoff, un vendedor de hielo y su fiel reno Sven; Olaf, el muñeco de nieve al que Elsa le dio vida; y Hans, un príncipe que quiere usurpar la corona del reino de Elsa y Anna. Añadió, que tanto el referido filme como cada uno de sus personajes constituyen una obra artística, autónoma y original.

2.3. Señaló que tuvo conocimiento de la producción del show llamado “*Frozen el musical*”, que sería presentado en los meses de septiembre y octubre de 2015 en las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Cali, Medellín y Tunja; que el mismo se promocionó y comercializó en dichas ciudades aprovechándose de la reputación de “*Frozen*” la película, pues no había otorgado autorización ni licenciamiento alguno a ningún tercero para la explotación de su obra, ni la de sus personajes; y que envió comunicaciones a los demandados solicitando la suspensión de la comercialización del espectáculo, sin obtener respuestas favorables.

2.4. Afirmó que Entertainment Addictive International Group S.A.S., E3 Group S.A.S. y JJ Producciones Internacional S.A.S. gestionaron la presentación del show en las diferentes ciudades; que Grupo Tuticket.com

Colombia S.A.S.; Ticket Factory Express y Espectáculos y Eventos de Colombia S.A.S. anunciaron, promocionaron, comercializaron el show, y efectuaron la reserva y venta de boletas; que G12 Congresos y Convenciones S.A.S. y la Universidad de Medellín autorizaron la presentación del espectáculo en sus instalaciones; y que todas esas conductas constituyen actos de imitación, engaño, aprovechamiento de la reputación ajena y violación de normas de derecho de autor, en la medida que se desplegaron para obtener una ventaja competitiva respecto de la demandante, lo que le ocasionó perjuicios derivados del uso no autorizado del gran reconocimiento que tiene la obra cinematográfica “*Frozen*”.

3. Posición de la parte pasiva

3.1. Espectáculos y Eventos de Colombia S.A.S. negó la comisión de actos de competencia desleal y propuso la excepción genérica. Alegó que su actuar se ciñó a los términos del contrato de mandato que suscribió para la venta, recaudo y comercialización de boletería del show “*Frozen el musical*”, y que, en todo caso, el empresario responsable de la presentación de las funciones exhibió el certificado de registro público del derecho de autor de la obra “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, cuyo titular es Alejandro Agustín Zelayarán Castellanos.

3.2. G12 Congresos y Convenciones S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito: (i) “*falta de causa*”; (ii) “*inexistencia de actos de explotación de la reputación ajena*”; (iii) “*inexistencia de actos de engaño*”; (iv) “*inexistencia de actos de imitación*”; (v) “*inexistencia de actos de competencia desleal contrarios a las buenas y sanas costumbres comerciales*”; y (vi) “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, porque suscribió contrato de arrendamiento de espacios con Entertainment Addictive International Group S.A.S. y por tanto, estaba supeditada al cumplimiento de las obligaciones que como arrendador le corresponden, y además acató los autos de suspensión asumiendo los perjuicios económicos que se le generó.

3.3. Ticket Factory Express S.A.S. adujo que su objeto social es la organización de convenciones, eventos comerciales y espectáculos en vivo, actividad que se encontraba ejecutando en relación con “*Frozen el musical*”; se opuso a las pretensiones de la demanda; y propuso las excepciones de mérito que denominó: (i) “*nadie puede alegar a su favor su propia culpa, dolo o ignominia*”, bajo el entendido que no se ha registrado la marca “*Frozen*” en Colombia y sus personajes, y no se ha cancelado el registro de derecho de autor de las correspondientes oficinas de México

D.F. de la obra “*Frozen el musical*”; (ii) “buena fe de la parte demandada”, en razón a que actuó en cumplimiento del contrato de mandato y acató las cautelas decretadas, (iii) “petición de lo no debido”, porque en cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas, en la ciudad de Medellín devolvió el 93.28% de los dineros recaudados por concepto de boletería, y en Barranquilla el 97.32%, y (iv) la genérica u oficiosa

3.4. La Universidad de Medellín pidió negar las súplicas de la demanda, con sustento en que no ha realizado ninguna de las actuaciones de las que se le acusa y ha actuado de buena fe.

3.5. E3 Group S.A.S. y Entertainment Addictive International Group S.A.S. a través del mismo apoderado judicial, alegaron la no comisión de actos de competencia desleal, con fundamento en que la obra dramática “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, está debidamente inscrita en el Registro Público de Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos, bajo el certificado No. 03-2014-090912450200-01, de autoría de Alejandro Agustín Zelayarán Castellanos; es diferente e independiente a la obra cinematográfica “*Frozen*”; y que la demandante confunde los derechos patrimoniales otorgados por la producción del mencionado filme con los derechos nacidos de la creación de una obra dramática musical que no requiere autorización ni licencia.

Aseveraron que la obra de teatro “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, es una adaptación del cuento de Hans Christian Andersen “*La reina de las nieves*” publicado en 1845, la misma en la que se inspiró “*Frozen*” la película y que actualmente es de dominio público; por consiguiente, deprecaron negar las pretensiones de la demanda y levantar las cautelas decretadas.

3.6. Las sociedades Grupo Tuticket.com Colombia S.A.S. y JJ Producciones

Internacional S.A.S. no contestaron la demanda.

4. Aspectos procesales

4.1. Mediante Auto No. 73747 de 21 de septiembre de 2015, se ordenó a las demandadas abstenerse de comercializar, vender, producir, promocionar, publicar y realizar las presentaciones de la obra “*Frozen el musical*”; así como devolver los dineros recaudados por la venta de la boletería y abstenerse de utilizar los teatros para la exposición de la obra.

4.2. En la audiencia inicial, llevada a cabo el 24 de abril de 2017, ante la inasistencia de las demandadas Grupo Tuticket.com Colombia S.A.S., Universidad de Medellín, JJ Producciones, Entertainment Addictive International Group S.A.S. y E3 Group S.A.S., se calificaron las preguntas del interrogatorio de parte aportado por la demandante, teniéndose “por ciertas” la mayoría de ellas y presumiéndose “por ciertos los hechos susceptibles de confesión”.

En la etapa conciliatoria de dicha diligencia, la actora desistió de la demanda en contra de G12 Congresos y Convenciones, Ticket Factory Express y Espectáculos y Eventos, por lo que se terminó el proceso respecto de esas sociedades.

4.3. En la audiencia de instrucción y juzgamiento, celebrada el 7 de junio de 2017, ante la renuencia a la exhibición de documentos previamente ordenada, se resolvió tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión que pretendían acreditarse, es decir “que las demandadas en efecto participaron en la comercialización y promoción de la obra infractora *Frozen el musical*, así como que obtuvieron un beneficio real por el mismo”.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

2. Bajo este panorama, pacífico es que únicamente se debate la configuración de los actos de competencia desleal de explotación de reputación ajena y violación de normas presuntamente cometidos por las sociedades apelantes, pues las demás conductas reclamadas fueron desestimadas por el *a quo*, sin que dicha determinación hubiese sido censurada; como tampoco lo fue, la condena

impuesta a Grupo tuticket.com Colombia S.A.S. y JJ Producciones Internacional S.A.S.

La controversia central radica entonces en establecer, si la comercialización, promoción, producción, venta de boletas y publicidad de la obra musical objeto de debate, configuraron los aludidos actos de competencia desleal por las específicas causales declaradas en primera instancia; y si se demostró la existencia de los perjuicios reclamados y reconocidos en primera instancia.

3. Se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que la pasiva, con exclusión de la Universidad de Medellín, incurrió en solo una de las conductas

desleales que se le atribuyó en primera instancia; no obstante, se denegarán las condenas netamente indemnizatorias solicitadas, porque no se demostró el perjuicio material sufrido por la demandante en este asunto.

4. En razón a que los reparos formulados por las apelantes están orientados a desvirtuar la comisión de los actos de competencia desleal de los que se les acusa, el Tribunal destinará las siguientes consideraciones a su análisis en relación con cada uno de los comportamientos prohibidos por la Ley 256 de 1996.

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

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

Al sustentar su alzada, las demandadas alegaron que la obra dramático musical “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*” tiene un formato diferente a la obra cinematográfica “*Frozen*”, y por consiguiente son independientes, y al contar con registros de derechos de autor propios, pueden coexistir.

Dichas afirmaciones en nada desvirtúan las argumentaciones esgrimidas por el *a quo* para determinar la configuración de la conducta analizada, pues si bien es cierto, que ambas obras cuentan con registros de derechos de autor expedidos por las oficinas correspondientes en Estados Unidos⁸ para “*Frozen*” la película y en los Estados Unidos Mexicanos⁹ para “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, dichos documentos, además de que no confieren derechos absolutos, tampoco tienen la vocación de desvirtuar la probada reputación del referido filme, ni mucho menos el aprovechamiento que el sentenciador de primera instancia consideró que de éste obtuvo la pasiva.

Y es que en el plenario con suficiencia se demostró el gran reconocimiento de la obra cinematográfica “*Frozen*”, pues la actora dedicó un importante espacio del libelo, concretamente, los anexos Nos. 6, 8, 18, 24, 25, 26, 27, 28, 31, y 48 a demostrar que dicho filme además de haber obtenido importantes galardones en la industria cinematográfica, fue

una de las películas más vistas a nivel mundial cuando se estrenó, convirtiéndose en la obra cinematográfica animada más taquillera de la historia del cine.

De igual forma, se acreditó que ese reconocimiento fue utilizado por la pasiva para la comercialización, promoción, producción, venta de boletas y publicidad de la obra dramático musical “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, pues basta con observar los carteles y avisos publicitarios del show, para colegir que existió el aludido provecho, ya que se hizo uso de las imágenes de los personajes, de la caligrafía, diseños y colores distintivos de la película “*Frozen*” y el espectáculo fue anunciado como “*la historia que cautivó los corazones de millones de niños y niñas alrededor del mundo, ahora llega con una puesta en escena completamente en vivo*”.

Y es que no puede pasarse por alto, que de conformidad con el certificado de derecho de autor aportado por la actora, Disney Enterprises Inc. es titular del portafolio de “*Disney Frozen Product*” que además de la obra cinematográfica en sí misma y su descripción, incluye los personajes y explicación de cada uno de ellos, así como también los escenarios, fotos de la película, diseños, colores, insignias, patrones, bordes, marcos, fuentes, íconos, entre otros elementos que la hacen una obra particular y con identidad propia; luego su uso o el de alguno de sus componentes requería de una autorización que la pasiva no acreditó tener, y por tanto de dicha actuación se colige el provecho que obtuvo del conocimiento previo que los consumidores tenían de “*Frozen*” la película, el cual se acreditó fue producto del esfuerzo y participación de la actora en el mercado.

Recuérdese, que con respecto al aprovechamiento de la reputación ajena el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, adujo que “*aprovecharse ilícitamente del prestigio que otro empresario ha ganado en el mercado es un acto que debe ser proscrito. Hace parte de ese grupo de conductas que denominados desleales y podrían generar grandes problemas de competencia, ruptura de la transparencia en el mercado y error en el público consumidor*”¹⁰.

4.2. **Violación de normas.** De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, “[s]e considera 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”.

El *a quo* estimó vulnerados los artículos 5° y 13 de la Decisión 351 de 1993; y 3°, 12 y 103

de la Ley 23 de 1982, con fundamento en que la promoción y comercialización de la obra “*Frozen el musical*” y sus personajes, no contó con la autorización de la demandante, y le produjo una ventaja competitiva significativa, porque quienes adquirieron entradas a dicho show, lo hicieron bajo la creencia de que presenciarían una adaptación de la película “*Frozen*” de Disney.

En su oposición al aludido fallo, la pasiva resaltó que las dos obras contrapuestas son independientes, porque además de estar registradas ante las respectivas oficinas de derecho de autor, ambas se inspiraron en la obra titulada “*La reina de las nieves*” y adaptaron la historia a formatos diferentes, luego, a su criterio la obra dramático musical no reproduce audiovisual y cinematográficamente la película.

Las aludidas normas se refieren a los derechos patrimoniales que tienen los autores de las obras, los que a diferencia de los morales protegen la explotación económica como prerrogativa de su titular, y dentro de los cuales, se encuentran las facultades exclusivas para autorizar o prohibir la reproducción, traducción, adaptación, transformación o arreglo de una obra (artículos 5° y 13, literales *a* y *e* de la Decisión 351 de 1993 y artículo 12 Ley 23 de 1982). A su turno, el artículo 103 de la aludida Ley 23, se refiere a los derechos patrimoniales que ostenta el productor de una obra cinematográfica.

Bajo este contexto normativo, lo primero que ha de tenerse en cuenta frente a los reparos de la pasiva, es que el certificado de titularidad de la obra “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, expedido por el Instituto Nacional de Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos y aportado por dicho extremo procesal, dispone que las inscripciones en ese registro “*establecen la presunción de ser ciertos los hechos y actos que en ellas consten, salvo prueba en contrario*”, y que “**toda inscripción deja a salvo derechos de terceros**”. Luego, las prerrogativas derivadas de esa titularidad, no son absolutas, y nada impide que pueda debatirse la necesidad de una autorización del titular de alguna otra obra, como ocurre en el asunto de marras, máxime cuando su registro es posterior al de la obra cinematográfica de la demandante.

Ahora bien, se ha alegado que “*Frozen*” la película fue inspirada en la obra literaria “*La reina de las nieves*” de Hans Christian Andersen, la cual versa sobre la historia de un duende llamado “*el diablo*” dueño de un espejo que refleja maldad, y que al caer en la tierra, se rompe en pedazos, penetrando uno de estos en un niño llamado Kay, quien empieza a ver todo con maldad y conoce a la reina de las nieves,

un personaje frívolo que se lo lleva a su castillo; razón por la cual, su amiga Gerda, emprende su búsqueda y en su camino se encuentra con varios personajes y enfrenta distintas adversidades hasta que finalmente lo encuentra.

Del anterior relato, con facilidad se extrae que la obra cinematográfica “*Frozen*” es una obra original, que tiene personajes nuevos y propios, y por consiguiente es diferente a la reseñada obra literaria, pues como en líneas anteriores se resumió, ésta consiste en la travesía que emprende Anna en búsqueda de su hermana, la princesa Elsa, quien tiene el poder de crear hielo y nieve, y que por el temor de lastimar a su hermana se alejó de ella.

La misma originalidad, no puede predicarse de la obra dramático musical “*Vive una aventura de hielo con Frozen el musical*”, pues se reitera, que los carteles y avisos publicitarios del show, hacen uso de las imágenes de los personajes, de la caligrafía, diseños y colores distintivos del aludido filme, y además dicho espectáculo se anunció como “*la historia que cautivó los corazones de millones de niños y niñas alrededor del mundo, ahora llega con una puesta en escena completamente en vivo*”.

En ese orden de ideas, no puede aducirse por la pasiva que la obra dramático musical “*Frozen el musical*” es una adaptación de la obra literaria “*La reina de las nieves*”, pues de ninguna forma los anuncios, videos promocionales e información del aludido show, hacen alusión a esa historia particular; por el contrario, las evidencias muestran que se trataría de una adaptación de la obra cinematográfica “*Frozen*”, que requería autorización de su titular; pues de conformidad con la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina -solicitada en el trámite de esta instancia-, la protección del derecho de autor depende de que la obra “**posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor**”, tal como se insiste, ocurre con “*Frozen*” la película.

No puede pasarse por alto además, que la aludida interpretación prejudicial diferenció las referidas formas de expresión de las obras al indicar que aunque la Decisión 351 de la CAN no contiene una definición de obra dramático-musical, ésta puede ser comprendida como “*una creación intelectual que sea expresada mediante guion compuesto por escenas y diálogos a través de los cuales los personajes enfrentan un obstáculo a su acción dramática, destinada a ser representada en escena y que se caracteriza porque la música tiene un rol preponderante en la misma, expresándose sus personajes mediante canciones tanto en*

monólogos como en diálogos”; y que la obra cinematográfica, “se asimila a una obra audiovisual, puesto que es entendida como una secuencia de imágenes y/o sonidos captados o grabados previamente en un soporte material, que será exhibida o proyectada ante un público presente”.

En consecuencia, si bien se trata de obras expresadas en formatos diferentes, tienen contenidos similares que incluyen no solo imágenes y escenas sino también un elemento musical, característico de las dos obras, que no podían usarse sin la permisión de la demandante, pues de acuerdo al análisis que del artículo 7° de la Decisión 351 efectuó la referida interpretación prejudicial, **“tanto la obra en su totalidad como los fragmentos de esta son objeto de protección de derecho de autor”.**

En ese orden de ideas, la ausencia de autorización de Disney Enterprises Inc. para la producción, promoción, venta de boletas y publicidad de la obra dramático musical “Vive una aventura de hielo con Frozen el musical”, constituye una vulneración a las normas de derecho de autor invocadas por el a quo, por lo que el primero de los supuestos para que el acto de competencia desleal reclamado se configure, se encuentra acreditado.

Importante resulta advertir que la estructuración de la causal de deslealtad que denunció la actora y que el a quo acogió *“requiere que como consecuencia de la vulneración al ordenamiento especial se obtenga una **ventaja competitiva significativa** (daño indirecto). Esa ventaja 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. Para tal efecto debe adelantarse una valoración en un horizonte de tiempo que **permita observar la consecuencia de la realización del ilícito sobre la competencia**, pudiéndose presentar acciones de daño o amenaza para su prohibición; por tanto, no sería requerida la demostración del daño efectivo, pero sí la **demostración del impacto de la conducta en caso de permitirse su continuidad**”*

Este último elemento (ventaja competitiva significativa), no fue probado por la actora, quien no realizó gestión alguna tendiente a acreditar la repercusión de la comercialización y promoción del show “Frozen el musical” respecto de su actividad económica, o de la desplegada por otras compañías de la industria del entretenimiento, pues se limitó a señalar que ese proceder le causó perjuicios, sin especificar ni demostrar en que consistieron, ni que consecuencias le ocasionaron; luego no se

configuró el acto de violación de normas, dada la carencia de probanzas de la aludida ventaja competitiva.

Así las cosas, mayores lucubraciones no son requeridas para colegir que, aquí no se imponía declarar que la pasiva incurrió en el acto de competencia desleal que consagra el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, sino únicamente en el acto desleal de explotación de la reputación ajena.

5. Los reparos formulados por la Universidad de Medellín contra el fallo de primera instancia, versan sobre las razones por las cuales a su criterio, el régimen de competencia desleal (Ley 256 de 1996), no le resultaba aplicable, pues adujo que no puede afirmarse que la suscripción de un contrato de arrendamiento para la presentación de la obra, se trate de *“actuaciones realizadas en el mercado”*, que *“tengan fines concurrenciales”*, y que en todo caso actuó con el deber objetivo de cuidado que le era exigible, pues el empresario, en calidad de arrendatario le exhibió prueba de la titularidad del show *“Vive una aventura de hielo con Frozen el musical”* que se iba a presentar en sus instalaciones.

Sobre el particular, de conformidad con los artículos 2° y 3° de la referida Ley 256, sí puede predicarse que el contrato de arrendamiento suscrito por la recurrente se realizó en el mercado (industria del entretenimiento), y que tiene fines concurrenciales, pues resulta evidente que sin un escenario para la presentación de la obra, con independencia de que esta se hubiere o no efectuado, la finalidad de los empresarios aquí acusados no hubiese podido siquiera ser concebida; pues el ámbito de aplicación de esta Ley se extiende *“tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado”*.

Sin embargo, esta Sala no puede pasar por alto que el artículo 7° de la misma normativa, en concordancia expresa con el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París *“considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando **resulte contrario a las sanas mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial** (...)”*, condiciones estas que no pueden atribuírsele a la actuación de la Universidad de Medellín, pues como anexos a su contestación al libelo, además del contrato de arrendamiento del teatro “Gabriel Obregón Botero” que suscribió con E3 Group S.A.S. para la realización del evento *“Vive una aventura de hielo con Frozen el musical”*, aportó el certificado de titularidad de la obra expedido por el Instituto Nacional de Derecho de Autor

de los Estados Unidos Mexicanos, que adujo le fue entregado por el referido empresario.

En consecuencia, no puede tacharse de desleal la conducta del mencionado claustro universitario, cuando contaba con la documentación que en la práctica comercial requería para la suscripción del aludido convenio, sin que en ese contexto específico pueda exigírsele comprobar la veracidad de la información allí contenida, ni mucho menos la titularidad de la referida obra.

Y es que, si bien la Universidad hizo parte del engranaje concurrencial de la actividad mercantil calificada como desleal, lo cierto es que el grado de responsabilidad que se le puede requerir, atendiendo a su única calidad de arrendador del escenario, no puede ir más allá de exigir una prueba de la titularidad de la obra que se iba a exhibir, aunado a la presunción de buena fe que opera en su favor.

Argumentaciones estas suficientes para despachar favorablemente los reparos de la Universidad de Medellín; en consecuencia, se dispondrá su exclusión de las declaraciones efectuadas por el *a quo* sobre los demandados actos de competencia desleal y se revocarán las condenas que le fueron impuestas.

6. No obstante, como se advirtió desde el inicio de las presentes consideraciones, lo dicho en precedencia no implica *ipso jure* la convalidación de las condenas económicas reconocidas, porque como toda responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal, es necesario probar el perjuicio derivado del daño imputado para que sea legal dicho reconocimiento.

Al respecto se adviera que la pretensión económica de la demanda, se circunscribió a lo establecido en el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, es decir, bajo la égida de perjuicios patrimoniales, tasados bajo juramento estimatorio en la suma de \$156'169.767.

La sentencia de primera instancia reconoció dicha condena, bajo el entendido de que no hubo objeción al juramento estimatorio y con base en las consecuencias procesales derivadas de la no asistencia de las sociedades demandadas a la audiencia inicial¹⁶ y de instrucción y juzgamiento¹⁷ llevadas a cabo los días 24 de abril y 7 de junio de 2017, respectivamente; pues con fundamento en los artículos 205, 267 y 372 del Estatuto Procesal, se presumieron “*por ciertos los hechos susceptibles de confesión*” que pretendían acreditarse con el interrogatorio a la pasiva y la exhibición de documentos previamente ordenada.

Sin embargo, por más que se encuentra acreditado, como lo sostuvo el *a quo*, que “*las demandadas en efecto participaron en la comercialización y promoción de la obra infractora Frozen el musical, así como que obtuvieron un beneficio real por el mismo*”, no puede obviarse que el acervo que surge de las referidas conductas procesales no necesariamente conduce a un fallo favorable, muy a pesar de la ventaja probativa que se tiene frente a las opositoras inactivas, por cuanto esas actuaciones, tal como lo dispone el artículo 242 del Código General del Proceso, deben valorarse en conjunto, “*teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso*”; pues aunque en efecto hubo confesión ficta de los demandados respecto de la causación de perjuicios derivada del aludido “beneficio” y de su cuantía (\$156'169.767), la misma fue contundentemente infirmada, tal como lo dispone el artículo 197 *Ibidem*.

Sobre la valoración de la prueba indiciaria, la Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad de las normas que regulan este medio probatorio, estableció que “*la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica ipso facto, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera*”.

En efecto, la Sala no puede pasar por alto que aunque se hizo un juramento estimatorio por los perjuicios derivados de los actos acusados desleales, que ascendieron a \$156'169.767, y que de acuerdo a la manifestación efectuada por la actora, se calcularon en consideración al número de sillas anunciadas en los teatros, al valor de las boletas, a la venta de boletería hasta 25 de septiembre de 2015, que se estimó en un 75% y al porcentaje de rentabilidad mínima de un negocio (4,4 %); en el plenario no obra ninguna prueba que permita concluir que, los perjuicios sufridos por la demandante alcanzaron dicha cifra global; ni mucho menos que en efecto, acaecieron hechos materiales que los causaran.

Y es que la actora no allegó siquiera los documentos con fundamento en los cuales calculó cada uno de los componentes de su juramento, tal como lo exige el referido artículo 206, sin que pueda obviarse en este asunto, que una decisión no puede “*fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así*

y todo, sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga”¹⁹.

Un dictamen pericial con miramiento en los documentos que le sirvieron de soporte a la actora para el cálculo de los perjuicios derivados de la comercialización, promoción, venta de boletería del show “Frozen el musical” en las ciudades que se planeó su presentación (Barranquilla, Bogotá, Cali, Medellín y Tunja) pudo ser proporcionado al juez a efectos de ilustrarlo en tan especial materia, sin que así se haya procedido, ni se haya arrimado ningún otro soporte adicional.

Aunque lo anterior es suficiente para decidir según se advirtió, no sobra resaltar, en punto a la indemnización ordenada por el *a quo*, que la actora tampoco demostró el detrimento económico que los actos que consideró lesivos de la competencia leal le habrían irrogado a su actividad económica y a sus relaciones comerciales.

Por su ausencia brilla, cualquier documentación (informes contables, estados financieros, etc.) que corrobore que la situación económica de Disney Enterprises Inc. declinó con ocasión de las conductas acusadas desleales, máxime cuando en el presente asunto mediante auto de 21 de septiembre de 2015, se decretaron cautelas en virtud de las cuales: (i) se suspendieron las conductas demandadas; (ii) se devolvieron por algunas de las sociedades recaudadoras dineros cobrados por la venta de boletería; y (iii) no se realizó ninguna presentación del show; circunstancias todas estas, que sumadas al desistimiento de la demandada respecto de las sociedades G12 Congresos y Convenciones, Ticket Factory Express y Espectáculos y Eventos, debieron ser tenidas en cuenta a la hora de determinarse los perjuicios sufridos.

De las anteriores premisas se colige, tal como se anunció en precedencia, que la confesión ficta, en la que fundamentó el *a quo* para tener por probados los perjuicios causados a la actora y su cuantía fue suficientemente infirmada, como lo permite el artículo 197 del Estatuto Procesal.

Y es que recuérdese que el perjuicio, para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético; es decir, “(...) **cierto y no puramente conjetural** (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)”²⁰; pues las pretensiones de resarcimiento pueden ser atendidas, como lo ha dejado sentado la Honorable Corte Suprema de Justicia, “sólo en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la**

verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes”, así como aquellas extraídas de “*simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido*”²¹.

Es por lo expuesto, que no era posible acceder a las pretensiones indemnizatorias deprecadas por la actora, comoquiera que no se encuentra acreditado el menoscabo pecuniario que padeció, por lo que se dispondrá su revocación.

Resta añadir que, en consideración a que las pretensiones que aquí formuló la actora, fueron de naturaleza declarativa y de condena (artículo 20, numeral 1°, Ley 259 de 1996), así como también preventivas o de prohibición (artículo 20, numeral 2°, *Ibidem*), la Sala, en atención a las referidas normas, revocará, como se advirtió las condenas indemnizatorias, pero mantendrá incólumes las demás prescripciones, de las cuales, se itera, excluirá a la Universidad de Medellín; porque además de haberse incurrido por las demás demandadas, en el acto de explotación de la reputación ajena, al que se refiere el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, la acción de competencia desleal se puede ejercer aun cuando el daño no se ha producido o no se acreditó, es decir puede tener fines preventivos, que fueron deprecados desde la interposición del libelo por actora.