

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA



SALA CIVIL FAMILIA

Magistrado ponente: **ORLANDO QUINTERO GARCÍA.**

Guadalajara de Buga, quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Discutido y aprobado según Acta N° 08

1. ASUNTO

Se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de BUENAVENTURA (VALLE), el 24 de agosto de 2016, como finiquito del proceso de declaración de competencia desleal promovido por GASEOSAS POSADA TOBON S.A. "POSTOBON" contra AGUA PURA SAN SILVESTRE LTDA¹.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES

2.1 La demanda y su sustento fáctico.

¹ Importa señalar que si bien el proceso llegó a la Secretaría del Tribunal el 8 de septiembre de 2016, lo cierto es que a este Despacho solo hizo arribo el 22 siguiente, por cuanto inicialmente se le repartió equivocadamente a otro despacho, lo cual indica que los seis meses para a proferir sentencia conforme al artículo 121 del C.G.P., vencen el 28 del cursante mes.

Se solicita en la demanda² se declare la ilegalidad de los actos de comercialización de agua en botellones con sello distintivo de la marca POSTOBON S.A., realizados por la Sociedad AGUA PURA SAN SILVERTRE S.A.; ordenar a la demandada remover los efectos producidos por dichos actos y la indemnización de perjuicios.

Se informa en la demanda que por averiguaciones y constatación personal de la demandante se logró establecer que en el establecimiento de comercio LA TIENDA DEL AGUA, de propiedad de la demandada, se efectúa de manera concurrencial la comercialización y venta de agua en envases con sello distintivo de POSTOBON S.A., tal como se evidenció en la inspección judicial anticipada practicada, durante la cual se hallaron 15 envases con capacidad para 20 litros totalmente llenos para ser vendidos al público, lo cual constituye una práctica de competencia desleal, puesto no se tiene ninguna relación comercial con la empresa demandada.

Que tal situación, *“a todas luces genera para el público que la compra – inducido al error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, características, aptitud del producto-, la creencia que es, reitero, un producto que efectivamente ha elaborado POSTOBON S.A., y mejor aún, que respalda y garantiza en todos sus aspectos mi mandante, todo por el hecho de venderse en botellones con el sello distintivo de su marca.”*³. Ese proceder, se añade, no se puede permitir, no solo por los eventuales perjuicios que pueda causar a la población de Buenaventura, sino también porque daña en buen nombre y prestigio de POSTOBON S.A.

2.2 Discurrir procesal.

² Folios 48 a 53 cdo. 1.

³ Folio 49 C. 1.

La llamada a la Litis, se opone a las pretensiones alegando que si bien es cierto su actividad económica es *“la venta producción, exportación de agua envasada (...)”*, según se indica en el certificado de existencia y representación⁴ también lo es que su actividad está basada en las buenas costumbres mercantiles y que contrario a lo expuesto por la demandante lo que hace es envasar su producto -agua- en porrones que suministran los mismos clientes o en sus envases propios. La empresa cuenta con registro INVIMA. No hay lugar a confusión por cuanto el producto que se vende en LA TIENDA DEL AGUA es agua potable tratada para consumo humano con la marca SAN SILVERTRE, de tal manera que el público acude a comprar al líquido de esta marca.

Admite que la diligencia de inspección judicial se encontraron quince envases con el logo de POSTOBON S.A., pero no que fueron vendidos al público bajo esa marca dado que se puede observar que: I) La tapa que aparece en los envases es completamente diferente a las originales de POSTOBON; II) El termocongelable –accesorio utilizado para protección de la tapa- lleva una impresión con los logos de AGUA PURA SAN SILVESTRE y la información detallada del producto; III) En el aviso del establecimiento de comercio LA TIENDA DEL AGUA no aparece ninguna publicidad con el signo distintivo de POSTOBON; y, IV) El personal que realiza la venta y distribución del agua se encuentra debidamente uniformado y carnetizado con los logos de AGUA PURA SAN SILVESTRE. Todo ello, dice, le permite al público distinguir plenamente el origen del producto y la calidad del mismo, por lo que el cliente que acude a LA TIENDA DEL AGUA sabe y es consciente que lo que compra es AGUA PURA SAN SILVERTRE y no otro producto.

⁴ Folios 98 y 99, C. 1.

Promovió la excepción de mérito que denominó BUENA FE, aduciendo que en sus prácticas comerciales se ha acogido a tal principio, así como a las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial.

Evacuada la audiencia del 101⁵ del C.P.C., y una vez surtidas las pruebas, se llevó a cabo la audiencia contemplada en el artículo 373 del C.G.P.⁶, al interior de la cual se presentaron las alegaciones de la parte demandante sosteniéndose en su posición inicial, esto es, insistiendo, sin ninguna crítica de la prueba producida en el proceso, en que la demandada ha incurrido en actos de engaño y confusión de la clientela. Posteriormente se pronunció sentencia desestimatoria de las pretensiones, lo cual motivó la alzada que ahora nos ocupa.

3. MOTIVACIONES

Ningún obstáculo se percibe para proferir sentencia de fondo en esta instancia, puesto que la relación jurídica procesal se constituyó y desarrolló válida y regularmente, habida cuenta de la reunión de los presupuestos procesales y la ausencia de otro germen con categoría para anular la actuación cumplida.

La legitimación en la causa carece de glosas para formularle.

La sentencia negó las pretensiones del extremo actor, tras considerar que la conducta desplegada por la parte demandada no se considera contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres y a los usos honestos en materia comercial, puesto que si bien fue sorprendida con envases con distintivos de AGUA CRISTAL POSTOBON, no se advierte la intención

⁵Folios 236 a 242 C. 1.

⁶Folios 314 a 333 C. 1.

clara de vulnerar los parámetros éticos y morales, porque la inducción al público al error y el aprovechamiento de la reputación de la demandante, *“no quedaron demostrados, por lo que no es posible con base en las pruebas recaudadas determinar la existencia de actos de desviación de la clientela, menos de que se le ocasionara peligro a la integridad física o a la salud de los consumidores.”*⁷.

La sociedad demandante apeló la sentencia en referencia insistiendo en que si está demostrado que la demandada al vender agua en envases de POSTOBON S.A. incurre en actos de engaño de la clientela. Señala que el representante legal de la demandada, al absolver interrogatorio de parte confesó que vende agua que produce en botellones de POSTOBON S.A., configurándose así actos de engaño conforme al artículo 11 de la Ley 256 de 1996. Igualmente hace alusión a uno de los testimonios recibidos en el curso del proceso –el del señor RODRIGO VÍCTOR BOTERO. En ello consignado consiste el reparo concreto que formuló⁸.

La reseña del anterior prolegómeno pone de presente que el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar, si en el marco de la Ley 256 de 1996, conforme a la prueba recaudada en el expediente, en especial, el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa demandada y la testimonial, se acreditó que ésta ha incurrido en actos de engaño de la clientela al comercializar el agua que produce en botellones de la empresa POSTOBON llevados por los compradores del producto.

Se acuñó en el artículo 333 de la Carta Política la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada, siempre que se ejerzan dentro de los

⁷ F. 329 C. 1.

⁸ Folio 331 y 332 C. 1.

límites del bien común. Asimismo, la libertad de competencia⁹ económica como derecho de todos que apareja responsabilidades. En este sentido ha explicado la jurisprudencia¹⁰:

Ya ha sostenido la Corte que “la competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”¹¹.

En ese orden de ideas, todas las personas tienen derecho a concurrir libremente al mercado ya sea para adquirir bienes u ofrecer los que comercialice o produce. No obstante, el ejercicio de esa actividad, tal como surge del mismo texto de la Constitución, tiene limitaciones con el fin de que no se irrumpa en el terreno de lo indebido y no se abuse del derecho a competir.

En efecto, esa libertad de industria y comercio no es absoluta, pues dicha actividad debe desplegarse sin desconocer el bien común y, por contera, sin que se imponga la posición dominante en el mercado. De tal manera que debe ser desarrollada con lealtad, corrección y sin obstruirle al otro la posibilidad de que, dentro de ese mismo escenario de libertad, pueda ejercer su actividad económica.

Ahora, en procura de ponerle confines a esa libertad y para que ella no degenera en abuso, el legislador ha regulado, entre otras materias, la atinente a la competencia desleal en la Ley 256 de 1996, estableciendo

⁹ La competencia ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia: “como una disputa racional entre sujetos que concurren en el mercado con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial, ejecutando un sinnúmero de estrategias, todas diseñadas con el propósito de hacerse a ella, de mantenerla e incrementarla, fin al que conduce esa lucha por la conquista del mercado, es un concepto consustancial a los principios de libertad de empresa y libre comercio proclamado en la Carta Política.

Ello indica claramente que no es un derecho absoluto, pues es innegable que la libertad económica no entraña en sí misma una permisión ilimitada e irrestricta de realizar cualquier conducta en el mercado; limitantes y restricciones establecen la Constitución y la ley para garantizar la igualdad de condiciones de quienes concurren en el mercado a ofrecer sus productos y servicios, en beneficio de los empresarios y de la comunidad en general.” –Cas. Civil, sentencia de 9 de abril de 2002, Expediente No. 6869.

¹⁰ T-583 de 2003.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

como cláusula general en el artículo 7º, “(...) *todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.*”, disposición desarrollada en los artículos siguientes, en los cuales se enumeran y describen diversas conductas configurativas de competencia desleal, todas contrarias al principio de la buen fe y la lealtad en la práctica comercial, tales como la desviación de clientela, los actos de engaño, los actos de confusión, los actos de imitación y la explotación de la reputación ajena.

En lo que resulta pertinente para la decisión de este asunto, vale resaltar que conforme al artículo 11 del citado cuerpo normativo, los actos de engaño consisten en toda conducta, “ *que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*”, agregando la norma, “*Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*”.

Es decir, se hace alusión a todo comportamiento que, desarrollado en el ejercicio de la competencia concurrencial, tenga el mero propósito o produzca el efecto, de desorientar al público en torno a la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, presumiéndose

desleal la utilización o divulgación de indicaciones o afirmaciones incorrectas o mentirosas, así como la omisión de las verdaderas. Dice la doctrina¹²: *“La verdadera afectación del engaño es crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado, ya que de ello depende parte de las variables de la fidelidad de la marca, de sus bondades. De tal manera que lo que se pretende habitualmente es diezmar una marca, causándole daño o amenaza a la competitividad de una empresa.”*

Retomando la especie del asunto que convoca la Sala a decidir, encontramos que el reparo concreto formulado por la parte actora al veredicto de primer grado, se asienta en no haber concluido que la demandada incurrió en actos de engaño de la clientela que adquiere agua potable para el consumo humano en el Municipio de Buenaventura, ardid que desde su mirada se materializa por comercializar el precioso vital líquido en botellones de su marca.

Está acreditado en el expediente, no solo a través de la inspección judicial anticipada practicada en las instalaciones del establecimiento de comercio LA TIENDA DEL AGUA, de propiedad de la SOCIEDAD AGUA PURA SAN SILVESTRE LTDA., sino también por la confesión del representante legal de esta compañía lograda en el interrogatorio de parte que rindió y la probanza testifical, que la demandada, en oportunidades, envasa en los recipientes distinguidos con los logos de AGUA CRISTAL POSTOBON, su producto. Sobre este hecho y solo sobre este, edifica la parte pretensora desde la demanda su reproche, puesto que ve en él actos de engaño a la clientela.

¹² VELANDIA, Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 382.

En sentir de la Sala la pretendiente se quedó corta en su designio de demostrar los supuestos de hecho de la demanda con las exigencias del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, habida consideración que no arrimó al plenario ninguna otra prueba que evidencie cómo y de qué manera, esa sola conducta puede estar engañando el público en cuanto al producto o al servicio, o que AGUA PURA SAN SILVESTRE esté propalando en la clientela la indicación o afirmación falsa de que el agua que vende es de la marca AGUA CRISTAL POSTOBON, o que estuviere mintiendo a los consumidores en lo que respecta a la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o desacreditando con afirmaciones contrarias a la realidad el agua que comercializa su competencia.

Es convincente y probatoriamente sustentada la explicación ofrecida por el Representante Legal de la empresa demandada para justificar la presencia de los botellones de AGUA CRISTAL POSTOBON en las instalaciones de su establecimiento de comercio al aducir, *“(...)Lo que evidentemente sucede y que es muy diferente a lo expuesto por la sociedad demandante, es el hecho que algunos clientes compran únicamente el líquido: AGUA PURA SAN SILVESTRE; y no pagan por el envase; por lo que ellos mismos llevan sus propios recipientes para que el agua sea envasado (sic.) en estos; recipientes que son de diferente tamaño, color, contextura; es decir, son muy variados.”*¹³, versión que es corroborada por los testigos VICTOR MARIO IDAGORRI MADRID y RODRIGO VICTORIA ROMERO, ambos compradores del producto que entrega AGUA SAN SILVESTRE LTDA.

¹³ F. 142 C. 1.

VICTOR MARIO IDAGORRI MADRID¹⁴, al momento de preguntársele la dinámica de compra del agua SAN SILVESTRE manifestó: *“Eso es como un domicilio y uno entrega los porrones y ellos dan el agua, es un intercambio”*, incluso al ser cuestionado en el mismo sentido por el apoderado de la parte actora expresa: *“Si se lleva el porro (sic.) y se compra en otro porrón que le llevan allá. Es como cuando se compra una gaseosa, se lleva el envase y se entrega la gaseosa.”*. Declaró igualmente que compra AGUA PURA SAN SILVESTRE, que siempre es atendido por personal de esta empresa, no de POSTOBON.

RODRIGO VICTORIA ROMERO¹⁵, testimonió tener relación comercial con la demandada desde hace 10 o 12 años por cuanto trabajaba en las embarcaciones Asturias y empezaron a consumir agua para el barco que viaja a Gorgona y Malpelo, preguntado si se le vendía solo el agua o el agua más el porrón él mismo exterioriza *“No, se compra el líquido y hay un intercambio de botellones. Hay algunos botellones que se han adquirido en el supermercado o en efecto a unos camiones que pasaban por la bodega en algún momento y esos son los que se llenan (...)”*. Aclaró que se identifica cada producto por sus colores, marcas, buena calidad, confiabilidad y que por ello puede notar la diferencia entre la marca SAN SILVESTRE y POSTOBON con sus logos. Afirma entregar a la demandada para su llenado porrones POSTOBON, así como de otras marcas.

De otro lado, igualmente se deduce de la inspección judicial anticipada que se practicara, que la SOCIEDAD AGUA PURA SAN SILVESTRE comercializa su producto en el establecimiento de comercio LA TIENDA DEL AGUA, lo cual acredita que no se presenta al público como intermediaria, dependiente, comercializadora, etc., de AGUA CRISTAL

¹⁴ Folio 1 a 3 Cdo. 6.

¹⁵ Folio 6 a 10 Cdo. 6.

POSTOBON S.A.; ni existe evidencia de que ofrezca su producto utilizando la aludida marca. Por el contrario, según lo declararon los deponentes arriba citados, son conscientes y sabedores que el producto que adquieren es de AGUA PURA SAN SILVESTRE y no POSTOBON.

Este aserto se confirma con la declaración de FABIO HURTADO LONDOÑO y MIRIAN BURGOS LÓPEZ, Director Regional de Ventas y Gerente de Ventas de POSTOBON S.A. El primero, al referirse a los botellones utilizados por la accionada expresó: “(...) hemos encontrado nuestros botellones con tapón de la empresa san silvestre y calcomanías pegadas al mismo envase de la empresa san silvestre”¹⁶; y la segunda, manifestó que ante las dificultades que estaban teniendo con la venta de agua en Buenaventura porque terceras personas estaban vendiendo “agua de otras marcas” –se refiere a AGUA SAN SILVESTRE, AGUA SAN CIPRIANO y AGUAS POLAR-, hicieron la respectiva investigación, “me identifiqué como consumidor y me vendieron agua **con su marca** en botellones cristal Postobon y me entregaron las facturas correspondientes, eso fue lo que hallé.”¹⁷; lo que además demuestra que el comportamiento comercial de la accionada en la venta de su producto ha sido transparente y ajustado a los principios de la buena fe y la lealtad comerciales, por cuanto no ha falseado la otra marca y solo se ha servido de sus recipientes arrimados por los propios clientes.

Es de resaltar que la reutilización de envases por los consumidores en modo alguno edifica una competencia desleal como equivocadamente parece entenderlo el demandante, pues como viene de verse, la conducta desplegada por la demandada carece de la virtualidad de inducir a error a la clientela con relación al producto ofrecido.

¹⁶ F. 59 C. 2.

¹⁷ F. 64 *ibídem*.

Sobre el particular, se ha dicho que¹⁸:

.... siguiendo lo establecido en el artículo 11 de la ley 256¹⁹, se tiene que dicha norma reprime el engaño, al considerar que este se presenta cuando se realiza una conducta que por las circunstancias en que se lleva a cabo, es susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige²⁰ el acto, siendo relevante destacar dentro de esta noción el concepto de error, el cual se define como un “*concepto equivocado*”²¹ que se forma una persona acerca de alguna cosa.

Aplicando esta noción de engaño al tema publicitario, se tiene que existirá publicidad engañosa cuando el mensaje que difunde un anunciante para dar a conocer a sus destinatarios su marca, su producto o servicio, o para persuadirlos en su decisión de compra, contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad.

Es importante resaltar que la noción de publicidad engañosa acá expuesta no se centra en los conceptos de veracidad ni de falsedad, sino que se basa en la noción de engaño, toda vez que un mensaje puede contener afirmaciones verdaderas, que a pesar de su veracidad, engañan o son susceptibles de inducir a engaño a sus destinatarios, al que puede contener elementos falsos, que a pesar de su falsedad no engañan al consumidor (por ejemplo las exageraciones obvias)

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Compendio de doctrina y jurisprudencia de Competencia Desleal. Pág. 44

¹⁹ Artículo 1. Actos de Engaño. “En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error...”.

²⁰ En igual sentido, el artículo 14 Decreto 3466 de 1982 basa su noción de engaño en el error, al disponer que “[e]stán prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error...”.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española – www.rae.es.

En gran síntesis, analizada la prueba en su conjunto, cual lo manda el artículo 176 del C.G.P., se tiene que no se acreditó que la demandada haya incurrido en actos moldeados en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 como actos de engaño.

En conclusión, se sigue que el proveído impugnado no está llamado a derrumbarse por el recurso presentado por la demandante, por lo que habrá de ser confirmado en su integridad, con la correspondiente condena en costas –Art. 366 C.G.P.

Con fundamento en lo discurrido, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE:

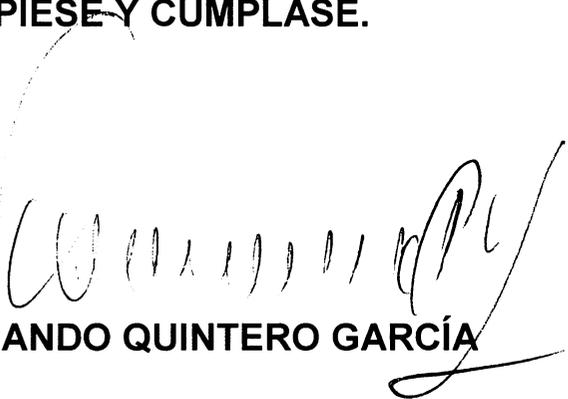
PRIMERO: Confirmar la sentencia recurrida, con la consecuente condena en costas de segunda instancia a cargo de la recurrente.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Juzgado de origen.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


ORLANDO QUINTERO GARCÍA



BÁRBARA LILIANA TALERÓ ORTIZ



MARÍA PATRICIA BALANTA MEDINA