

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

AUTO CIVIL
22 de Mayo de 2020

RAD: 44-001-31-03-002-2019-00137-01. Solicitud de medida cautelar extraprocesal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO.

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir sobre el recurso de apelación en contra la decisión de proferida el 25 de Noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, La Guajira, que rechazó decretar medidas cautelares.

2. ANTECEDENTES

2.1. Se puede apreciar en el expediente como hechos relevantes:

- a) El apoderado judicial de la parte demandante solicita el decreto de medidas cautelares consistentes en:
 - la cancelación el registro mercantil de la sociedad denominada **CARDINAL LENGUAJE INSTITUTE SAS**, propiedad del señor **MAUEL DE JEUS FREYLE BRITO**, puesto que desde la dirección registrada en el mismo Calle 14 A N° 12B-30 se realizan actos de desviación y de confusión de la clientela de **CARDINAL INTERNATIONAL SCHOOL CIS SAS**.
 - Cesar toda actividad de promoción y divulgación en el mercado del proyecto educativo presentado como **TRINITY**, prohibiendo la realización de reuniones, festejos, talleres, celebraciones, o cualquier otra forma de agrupamiento de los clientes de **AM HAPPY**, con el propósito de persuadirlos para que se conviertan en clientes del proyecto **TRINITY**.

RAD: 44-001-31-03-002-2019-00137-01. Solicitud de medida cautelar extraprocetal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO

- Suspender, a través de la secretaria de educación distrital, durante el trámite de la acción el trámite de la licencia de funcionamiento para el proyecto **TRINITY BILINGUAL SCHOOL SAS**.

b) Como hechos relevantes de la demanda sobresalen:

- La sociedad **CARDINAL INTERNACIONAL SCHOOL**, adoptó como símbolo o emblema comercial la imagen del ave conocida como "cardenal Guajiro" desde el año 2016.
- La mencionada sociedad no se encuentra "disuelta ni liquidada" funcionando en su domicilio social calle 14ª N° 12ª-79.
- El socio **MANUEL DE JESUS FREYLE BRITO** ostento como administrador entre el 25 de octubre de 2016 hasta el día 24 de septiembre de 2019, hasta que fue removido por la asamblea de accionistas el día 23 de abril de 2019.
- Dentro de las funciones como administrador falto al deber de administrador en detrimento de la sociedad.
- La señora **YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA** ha incurrido en actos de competencia desleal cuando el 10 de octubre de 2019, ofrecieron a clientes de **CARDINAL INTERNACIONAL SCHOOL**, (50% de los asistentes) la promoción del proyecto **TRINITY**, con el fin de desorganizar la empresa demandante sino también quitarle los clientes; además de reuniones han optado por publicitar el nuevo proyecto a través de pendones, pasacalles y propaganda en las redes sociales. Mediante auto del 6 de noviembre de 2019 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha rechazó la solicitud al considerar que la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre Ordinario establecía que la aplicación al principio de inembargabilidad solo es posible cuando opere al pago de créditos laborales judicialmente reconocidos; así mismo, en auto del 23 de noviembre de 2017, emanado del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, con ponencia del Dr Carlos Villamizar Suarez, decisión surtida en proceso 44-0001-31-03-002-2016-00083-01 acogió postura de excepcionalidad a la inembargabilidad, ordenando mantener embargo sobre cuentas que afectaban ingresos del SGP, por tener el mismo destino, es decir la cobertura en salud.

c) De lo anterior concluye que dichos actos constituyen competencia desleal, conforme a la ley 256 de 1996, están claramente encaminados o tienen por objeto la desorganización empresarial de la demandante, constituyen competencia desleal, contrario a usos comerciales y mercantiles. Anuncia que los requisitos de los artículos 7, 8 y 10 de la ley 256 de 1996 se encuentran satisfechos.

d) En atención a la solicitud elevada por el accionante, la Juez de primera instancia procede a resolverla mediante auto del 25 de noviembre de 2019, el cual niega las pretensiones de la acción, aduciendo que no se encuentra acreditada la prueba sumaria, atiende de forma juiciosa el requisito exigido por el artículo 10 de la ley 256 de 1996, en torno a la falta comercial denominada "confusión"; procede de la misma manera con los artículos 8 y 9 y las prohibiciones generales del artículo 7 de la misma normatividad,

encontrando después de sesudo análisis que no se hallaban probados los presupuestos facticos para decretar las medias cautelares.

- e) Dentro del término legal el apoderado judicial de la parte demandante propone recurso de reposición y en subsidio el de apelación frente a la decisión anotada; escrito dentro del cual resulta determinante: *"Ahora bien, no obstante la solicitud anterior, respetuosamente **manifiesto mi desacuerdo** con la decisión ahora impugnada ya que la misma tiene como base la falta de prueba ---siquiera sumaria--- de los hechos que se imputan como constitutivos de competencia desleal por parte de los requeridos"* procediendo a sustentarlo a renglón seguido cuando afirma *"y ello no es cierto porque..."*
- f) Las razones esgrimidas en el sustento del recurso se restringen a:
- Si se demostró que el señor **FREYLE BRITO** tiene un registro comercial de su empresa en el mismo sitio donde funciona el bachillerato del colegio de propiedad de mi mandante, pues se probó con el anexo de 13 folios denominado "Acta de entrega para el funcionamiento de la planta física de la institución educativa Cardinal internacional School"
 - Si se demostró la los actos de desviación de la clientela puesto que se aportó a) un cd con registro fotográfico de la reunión celebrada del 26 de octubre de 2019, en que se promueve la deserción de clientes de IM HAPPY hacia el proyecto TRINITY, además de elementos de persuasión como pendones, pasacalles, proyecto constructivo y otros aditamentos, b) además de 4 CDs dirigidos a probar lo mismo.
- g) Mediante auto del 16 de enero de 2020, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, resuelve recurso de reposición, insistiendo en la decisión primigenia, puesto que considera que con los medios allegados no puede llegarse a la conclusión que exista competencia desleal. Confirma auto y concede el de alzada.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

Resulta acertado el planteamiento del problema jurídico plasmado por el Juzgado de origen al resolver el recurso de reposición, Por tal razón se retomará para atender la alzada.

¿Existe prueba sumaria que permita inferir la presunta competencia desleal de demandado y con ello acceder a las pretensiones cautelares deprecadas?

Los insumos que se tendrán para evaluar de forma critica el problema sumido serán los siguientes:

3.2. FUNDAMENTO JURÍDICO

Ley 256 de 1996

RAD: 44-001-31-03-002-2019-00137-01. Solicitud de medida cautelar extraprocésal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO

ARTÍCULO 7o. PROHIBICIÓN GENERAL. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, 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.

ARTÍCULO 8o. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA. 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.

ARTÍCULO 9o. ACTOS DE DESORGANIZACIÓN. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

ARTÍCULO 10. ACTOS DE CONFUSIÓN. En concordancia con lo establecido por el punto 1 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 crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento <sic> ajenos.

4. DEL CASO EN CONCRETO

Como punto de partida, se anunciara que respetando el principio de congruencia, se atenderá el descontento del recurrente en torno a la valoración que la *iudex a-quo* le dio a los medios probatorios, con los cuales en su sentir, si probo sumariamente los presupuestos facticos que los artículos 7, 8, 9 y 10 de la ley 256 de 1996 proponen para acceder a las medidas cautelares consagradas en los Artículo 568 del Código de Comercio, y en el 588 y siguientes del CGP.

En este orden se guardará estricta identidad entre la señalada inconformidad y lo que en adelante se resuelva.

A renglón seguido se analizara el significado de la alocución "prueba sumaria"

Para la Corte Constitucional trata la prueba sumaria en su sentencia C-523 de 2009 de la siguiente manera:

"Aunque la legislación colombiana no define lo que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte

RAD. 44-001-31-03-002-2019-00137-01. Solicitud de medida cautelar extraprocesal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO

Suprema de Justicia. la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer."

Doctrinariamente el profesor Devis Echandía¹, afirma:

"El carácter de sumaria se refiere a la falta de autenticidad o de controversia si se trata de testimonios extrajudicio; pero en su contenido debe reunir los requisitos necesarios para producir la convicción del juez."

Posteriormente señala²:

*"En principio, la prueba no contradicha carece de valor procesal. Sin embargo, **excepcionalmente** el legislador le otorga mérito a pruebas que no han sido practicadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de oportunidad procesal para discutirías; son las llamadas pruebas sumarias, como las declaraciones extrajudicio o de nudo hecho que se acompañan a ciertas demandas para que el juez las admita y los documentos privados no auténticos que llevan la firma de dos testigos para la procedencia de medidas cautelares preventivas."*

En resumen, la prueba sumaria difiere de la plena prueba entre otros aspectos, en la usanza procesal del medio probatorio, como ejemplo, la que se exige para tramitar demanda de restitución de inmueble arrendado (artículo 384 del CGP), o como el presente caso para decretar una medida cautelar. Por lo cual, resulta impreciso asumir que al determinarla como "sumaria" alude a la ligereza, a lo liviano, a lo tenue de la carga demostrativa; porque por regla general una prueba sumaria es transitoria, es cierto que surte un efecto, extra proceso³, pero ello no indica que en el momento procesal que debe surtir el efecto que la ley procesal le asigne, merma el poder demostrativo y de convencimiento que debe imprimirle al Juez, pues al contrario, tanto o más debe convencer una prueba sumaria al funcionario judicial, porque en casos como el presente **dispone de derechos, sin la posibilidad de ser contradicha por la parte a la cual puede afectar la decisión.**

En conclusión un medio probatorio debe establecer una identidad entre la proposición fáctica de la norma sustancial y el hecho acaecido, así de simple, esto sin importar el apellido que el derecho probatorio le asigne, sumaria o plena.

¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1ª edición, 1987, Tomo I págs. 326 y 327

² Op. Cit. Tomo I, pág. 536

³ Deber es recordar que no se puede hablar de proceso hasta tanto se trabé la Litis, es erróneo pensar que es procesal la prueba cuando se exige como requisito de procedibilidad o para determinar una medida cautelar

Dicho lo anterior se tomara norma a norma sustancial invocada y se contrastará con los medios aducidos en la demanda respectiva:

ARTÍCULO 8o. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA. *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.*

Para el caso concreto sería menester indicar cuáles son los hechos deshonestos y contrarios a la sana costumbre comercial por los cuales **TRINITY BILINGUAL SCHOOL**, se encuentra desviando la clientela de la actividad educativa desplegada por **CARDINAL INTERNATIONAL SCHOOL**, como propuesta fáctica de la norma.

Para ello el demandante aporta videos y fotografías en las cuales se observa la promoción de una institución educativa, **NUNCA**, observando la totalidad y en detalle los videos y las fotos se enuncia a la empresa **CARDINAL INTERNATIONAL SCHOOL**, tampoco, como lo advierte la primera instancia, se puede derivar que algunos de los participantes en dicha reunión sean clientes de la mencionada empresa educativa. Pero más allá de lo dicho por la *iudex a-quo*, incluso probar que los asistentes son clientes de la empresa demandante **no constituye competencia desleal**, pues la desviación de clientela en sí misma no es una conducta reprochable legalmente, de hecho, la competencia mercantil consiste en atraer la mayor cantidad de clientes posibles y cada cliente que opta por otro prestador del servicio o proveedor de bienes, en la práctica es "desviado" del prestador o proveedor anterior, lo cual es legal. Constituye práctica reprochable si se hace "contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial", ofrecer mejores condiciones de servicio, mejor calidad del producto, mejor precio (en principio), entre otras no constituye una desviación ilegal. Independiente de probar si los asistentes son clientes o no de la empresa demandante, lo cual resulta irrelevante por lo ya dicho, era menester probar en qué consistía la insana costumbre mercantil desplegada, o la deshonestidad, para el caso se ocurre a manera de ejemplo, ofrecer descuentos en matriculas frente a estudiantes provenientes del colegio que demanda en particular, atribuir conductas o falencias inexistentes a la competencia, etc. Lo cual no se evidencia del aporte demostrativo; en cuanto a las vallas, pasacalles, difusión en redes sociales, no son actos contrarios a la buenas costumbres comerciales ni son deshonestos, son usos frecuentes y comunes de los comerciantes al promover su bien o servicio y no se demuestra por qué constituye una actividad contraria; incluso poner publicidad al frente del mismo establecimiento, con el cual se pretende competir no es contrario a la ley.

Le asiste razón a la *iudex a-quo* al afirmar que o se demostró de qué manera la reunión contenida en estos medios y el despliegue publicitario constituían faltas comerciales en cuanto a la competencia.

ARTÍCULO 9o. ACTOS DE DESORGANIZACIÓN. *Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.*

RAD. 44-001-31-03-002-2019-00137-01 Solicitud de medida cautelar extraprocesal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO

No existe, ningún medio aportado del cual se pueda inferir la intención de desorganizar, pues del cuerpo de la demanda, se pretende que con los mismos medios con los cuales se pretende probar la deshonestidad y la insana actividad comercial sirvan para este mismo efecto, lo cual no encuadra dentro del supuesto factico normativo, por lo cual no existe forma de auscultar tal causal, pues se queda en la mera enunciación normativa, sin contraste probatorio.

ARTÍCULO 10. ACTOS DE CONFUSIÓN. *En concordancia con lo establecido por el punto 1 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 crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento <sic> ajenos*

Atendiendo este tópico, se tiene que el denunciado por el demandante constituye el uso del emblema o logo institucional en el cual se utiliza el ave Cardenal Guajiro dentro de la papelería y publicidad, pues llegando a la misma conclusión de la Juez de primera instancia, se puede apreciar que pese a utilizar (al parecer la misma ave), no existe similitud alguna en la forma, fuente de la letra, nombre, color; es decir, el diseño es completamente distinto, es menester recordar que la confusión, se presenta cuando a primera vista el consumidor piensa que adquiere bien o servicio del comerciante que primeramente ha utilizado símbolo o marca, dada la indiscutible similitud visual de emblema, marca, logo o distintivo de quien pretende confundir lo cual es imposible en este asunto.

De otro lado y como lo señala el mismo demandante dentro de la solicitud cautelar, pide suspensión del trámite de la licencia de funcionamiento, lo cual indica que la empresa educativa a la que se le endilga la confusión, todavía no está en funcionamiento, con lo cual es imposible generar esta causal, por la sencilla razón que al promocionar la oferta educativa se tiene que hablar de un proyecto, tal como se escucha y ve en los videos, es más, es casi imposible generar confusión con la copia de un logo en esta actividad comercial, pues no puede decirse que desprevenidamente el consumidor de este servicio se vio confundido en matricular en un colegio pensando que era otro, dada la similitud de un logo por los múltiples factores que la actividad entraña, ya que la vinculación de un cliente en dicha actividad implica múltiples procesos y situaciones; el hecho de presentar otra sede, el nombre del colegio, el proceso de matrícula, la compra y uso de uniforme, implica que es imposible o por lo menos muy difícil generar confusión en esta actividad por el simple hecho de existir una presunta similitud en un logo o emblema.

Por todo lo anterior no se observa mala fe, que exige el artículo 7 de la ley 256 de 1996, el discernimiento argumentativo esbozado por la señora Juez Segunda Civil del Circuito de Riohacha, resulta a todas luces impecable, la valoración probatoria acertada, en consecuencia de ello el recurso resulta infundado por tal razón, la providencia debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira.

13

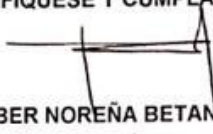
RAD: 44-001-31-03-002-2019-00137-01. Solicitud de medida cautelar extraprocesal promovido por CARDINAL INTERNATIONAL SAS contra YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO

RESUELVE

PRIMERO:CONFIRMAR el auto apelado proferido el 25 de Noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso solicitud de medida cautelar extraprocesal promovido por **CARDINAL INTERNATIONAL SCHOOL** contra **YAMILITZA REMEDIOS MENDOZA BRITO Y OTRO**, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sin recurso en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado.