



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

***"Al servicio de la justicia
y de la paz social"***

S - 162

Procedimiento: Abreviado

Demandante reconvenido: Induherzig S.A

Demandados reconvinientes: Industricol Ltda y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 017 2011 00608 01

Procedencia: Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín

Decisión: Confirma sentencia apelada

Medellín, tres (03) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Cuestión: Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por **ambas partes** en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín.

Temas: competencia desleal, desviación de la clientela, descrédito, daño al buen nombre, lucro cesante.

ANTECEDENTES

Procedente del Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín, por virtud de los recursos de apelación interpuestos por **ambas partes** en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, ha llegado a esta Corporación el proceso abreviado promovido por Induherzig S.A en contra de Industricol Ltda y Jorge Mario López

PRETENSIONES:

"PRIMERA PETICION PRINCIPAL: *(sic) La sociedad INDUSTRICOL y el ingeniero JORGE MARIO LOPEZ C, en forma conjunta o individualmente, han incurrido en actos desleales de competencia comercial para competir con Induherzig S.A en Colombia, por el mercado de maquinaria y equipo para el manejo de fluidos.*

SEGUNDA PETICION PRINCIPAL: *Mediante los actos de competencia comercial realizados por INDUSTRICOL y el ingeniero JORGE MARIO LOPEZ C, en forma conjunta o individualmente, han desviado a su favor el mercado abierto y consolidado por Induherzig S.A para la venta en Colombia de maquinaria y equipo para el manejo de fluidos, aprovechando deslealmente la reputación obtenida al abrir y consolidar dicho mercado con la distribución de productos de las marcas Waukesha Cherry Burrel, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic, Piuriti entre otras"(sic fl. 63 pdf 1)*

Lo anterior, para que los demandados sean condenados "individual o solidariamente" a lo siguiente:

"a) Cesar toda actividad promocional en la forma que lo han venido haciendo hasta el momento y retirar de sus medios de propaganda, tanto pública y general como individual y particular, toda mención de experiencia en la distribución, venta y atención de garantía en la venta de maquinaria y equipo para el manejo de fluidos, de las siguientes marcas: Waukesha Cherry Burrel, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic, Piuriti.

b) Retirar de sus cotizaciones toda mención como distribuidor de las bombas y equipos que cotiza, en tanto sea designado en tal calidad por el fabricante de las mismas.

c) Informar al mercado compuesto por la clientela desviada de Induherzig SA a Industricol Ltda de la decisión que se adopte en este proceso (sic), mediante el envío de comunicación escrita a la que se

anexe copia de las declaraciones de la sentencia que ponga fin al proceso.

d) Publicar en un diario de circulación nacional un extracto de la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda”

También se pretende que, de manera consecuencial a las dos primeras pretensiones, los demandados sean condenados a pagar a la demandante

"a título de perjuicios (...) el valor que resulte probado a este título, y que corresponda al resultado de liquidar el margen operacional del 38.30% sobre el valor de las ventas desviado de Induherzig SA a Industricol Ltda, entre el 1º de noviembre de 2009 y el 31 de julio del presente año (2011) en las siguientes empresas y/o las restantes según se pruebe en el proceso: Bavaria, Productos Familia, Grupo Nutresa (que integra actualmente a Productos Alimenticios Zenú SAS, Alimentos Cárnicos SAS, Colcafe, Meals de Colombia, Noel, Nacional de Chocolates), Microplast, Coldeplast, Procter and Gamble, Colanta, Productos Bary, Mineros S.A, Postobón, Federación Nacional de Cafeteros, Casa Luker, Conservas California.”(sic. Fl. 64 pdf 1)

Todo lo antedicho, con fundamento en hechos que así se compendian:

Que la sociedad demandante tiene por objeto social la producción, ensamble, importación, comercialización y distribución de todo tipo de maquinaria industrial, y está en el mercado desde 1997 bajo la denominación de Sociedad Anónima, aunque desde 1980 “bajo otras formas jurídicas” representa en el país a empresas extranjeras y es distribuidor exclusivo de Waukesha Cherry Burrel, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic y Piuriti (sic hecho primero demanda)

Que el prestigio y respaldo de las marcas ofrecidas al público permitieron a la demandante abrir y consolidar con éxito un gran mercado en el país, captando clientes como, entre otros, Bavaria, Productos Familia, Grupo Nutresa (que integra actualmente a Productos Alimenticios Zenú SAS, Alimentos Cárnicos SAS, Colcafe, Meals de Colombia, Noel, Nacional de Chocolates), Microplast, Coldeplast, Procter and Gamble, Colanta, Productos Bary, Mineros S.A,

Postobón, Federación Nacional de Cafeteros, Casa Luker y Conservas California.

Que Industricol Ltda fue constituida en el 2008 por Jorge Mario López y Ana Patricia Castaño, "*con un objeto social similar al desarrollado por Induherzig S.A*" (sic hecho tercero demanda), pero la actora sólo se enteró de su existencia el 15 de marzo de 2010.

Que el señor López fue empleado de la sociedad demandante entre agosto de 2003 y el 15 de marzo de 2010, tiempo en el que se desempeñó como ingeniero de ventas y por tanto era el encargado de atender a los clientes de Induherzig.

Que Industricol inició su actividad en el mercado "*observando conductas desleales, aun antes de producirse la desvinculación laboral que refiere el hecho quinto que antecede. Es el caso de ventas efectivas realizadas en el mes de diciembre de 2009 la sociedad Sabaleta S.A.S de Mineros S.A*" (sic hecho sexto demanda).

Que Induherzig S.A es distribuidor único y autorizado, mientras que Industricol tiene en el mercado apenas calidad de importadora directa de "la misma maquinaria", por lo que resultaba claro el aprovechamiento del Ingeniero Jorge Mario López de la clientela captada por la sociedad actora, debido a que por más de 8 años se dedicó a desviar negocios a favor de Industricol y de sí mismo.

Que "*algunas de las conductas desleales conocidas hasta el momento con el propósito de desviar el mercado formado por Induherzig SA hacia Industricol Ltda, son las siguientes:*" (sic hecho décimo demanda) presentación de Industricol ante el mercado como una compañía con 12 años de experiencia y con calidad de distribuidor sin tenerla, máxime que como sociedad apenas fue constituida en el año 2008, anunciar como sus clientes algunos de los integrantes del mercado que abrió la demandante (Mineros S.A, Productos Familia, Zenú, Colcafe, Nacional de Chocolates y otras empresas del Grupo Nutresa), certificar en comunicación del 7 de abril de 2011 ante Zenú haber sido proveer de bombas marca Waukesha durante 8 años, ofrecer y cotizar las mismas mercancías que la demandante sin contar con capacitación y

respaldo del fabricante en varias oportunidades, tales como el 17 de agosto de 2010 para Productos Familia, 13 de septiembre de 2010 y 4 de marzo de 2011 para Industria Colombiana de Café y 22 de febrero de 2011 para Alimentos Cárnicos S.A.S.

Que para el periodo 2009-2010 la demandante redujo sus ventas de 4.659 4.028 millones de pesos, es decir, en 680 millones de pesos netos de los cuales no menos de 150 correspondieron a ventas que los demandados realizaron directamente a clientes de su mercado, que fueron atendidos en interés comercial de la demandante entre 2003 y 2010.

Que la forma en que la sociedad demandada presenta a sus clientes las cotizaciones tiene una gran similitud con la que ofrece Induherzig, amén que esa sociedad también se presente de forma *"inconsistente y equívoca como importador directo o como distribuidor"* (sic hecho décimo tercero demanda).

RÉPLICA

La demanda fue admitida por auto fechado el 5 de septiembre de 2011 (fl 69 pdf 1), y notificados de la misma los demandados, procedieron a contestarla de la siguiente manera:

Industricol Ltda y Jorge Mario López (fls. 107 siguientes pdf 01).

Contestaron a través del mismo apoderado judicial y comenzaron por precisar que no les contaba la existencia de Induherzig "bajo otras denominaciones jurídicas", con anterioridad a su constitución formal como sociedad comercial, lo cual en todo caso no significa que en su sector de mercado no puedan existir otras personas naturales o jurídicas que compitan de manera lícita.

Por otro lado, sobre la distribución de los productos marca Waukesha, precisaron que por lo menos hasta el año 2005 existían en el país varios distribuidores autorizados, tales como Cofluidos S.A, Ferum E.U. Además, indicaron que en muchas ocasiones los clientes finales decidían comprar directamente a los fabricantes. En el caso de Yamada, manifestaron que en Cali operaban para el año 2006 distribuidores como Novatec y Fluid Systems S.A, mientras que en Bogotá hacía lo propio Tecnoingeniería Ltda. Además,

en lo relativo a las marcas Murzan y Bredel, sostuvieron que han sido distribuidas en el país por Pollosan S.A y Basf Química Colombia.

En adición, con respecto a Sonic Air Systems Inc, Watson Marlow y Sani Matic, aseveraron que no tenían constancia alguna de que la demandante tuviera la calidad de distribuidor exclusivo, por lo que acudir al proceso demandando por competencia desleal a dos comerciantes que operan en el mismo ramo de negocio, no era más que el ejercicio abusivo de un mecanismo para eliminar la competencia y que atenta contra la libertad de empresa.

En lo relativo a la apertura y consolidación de mercado por parte de la sociedad demandante, aseguraron que no obraba prueba alguna en el expediente al respecto y menos sobre que ello se debiera a la distribución exclusiva de las marcas ofrecidas al público, puesto que el hecho de ser una sociedad pionera o exitosa no le concede derecho alguno para permanecer en solitaria en el manejo de un mercado que los demandados también compiten lícitamente y que, de hecho, se les ha dificultado porque la demandante llevó a cabo una campaña de desprestigio.

Sobre el objeto social de Industricol y su semejanza con el de Induherzig indicaron que no era algo extraño que dos o más sociedades tuvieran objeto similar. En adición, precisaron que la sociedad demandada tiene dos líneas de negocio, cuales son la intermediación en el transporte internacional de mercancías e, igualmente, la intermediación en la comercialización de maquinaria industrial. Lo anterior, porque la señora Ana Patricia Castaño es profesional en comercio internacional y el señor Jorge Mario López es ingeniero mecánico, por lo cual Industricol fue creada por la pareja de cónyuges para dedicarse a sus respectivas profesiones, ofreciendo además un servicio con valor agregado que le valió el éxito que tanto le molesta a la demandante, debido a que el ingeniero López presta a sus clientes asesoría técnica gracias a su formación.

Dicho lo anterior fueron enfáticos en sostener que lo castigado por el artículo 14 de la ley 256 de 1996 eran los actos de imitación, más no la simple competencia dentro de un mismo ramo de negocio. Por ello, dijeron que si bien el señor Jorge Mario López había trabajado de manera dependiente para Induherzig, lo cierto era que ello no implicaba una renuncia a sus derechos fundamentales al trabajo y la libre asociación, máxime cuando su retiro

voluntario de la empresa se debió a un manejo abusivo del sistema de comisiones que causó una renuncia masiva de los vendedores con mayor experiencia, lo que en parte puede explicar los resultados económicos desfavorables narrados en la demanda.

A propósito de lo anterior, los demandados aseguraron que era irresponsable afirmar que el señor Jorge Mario López ya ejercía su actividad con Industricol cuando todavía era empleado de Induherzig, puesto que en la demanda se menciona de manera genérica "el caso de Proyecto Sabaletas S.A.S" al que se le está dando una interpretación errada. Lo dicho, porque en realidad esa sociedad estaba inconforme con los servicios prestados por Induherzig y decidió comprar algunos productos de manera directa a Bredel y luego al fabricante Frances Albin, segundo negocio en el que Industricol sólo prestó asistencia como agente internacional de carga, esto es, para todo lo relacionado con los trámites de ingreso al país de la maquinaria comprada directamente por Proyecto Sabaletas S.A.S a Albin.

Por otro lado, los demandados expusieron que ninguna prueba certificaba a Induherzig como "distribuidor único autorizado", y menos que Industricol fungiera como "importador directo de la misma maquinaria", porque esta empresa emplea todo tipo de medios leales para desarrollar su objeto social, debido a que, por ejemplo, en ocasiones opera como distribuidor autorizado de marcas como Albin, Durrez, Kocol, Republic, Qpumps, Simes y Mosher, mientras que en otras busca a fabricantes con quienes no tiene relación contractual permanente para adquirir productos puntuales, amén que en no pocos eventos simplemente asesora al cliente que decide importar la maquinaria directamente desde las instalaciones del fabricante original.

Así las cosas, replicaron los demandados que en ningún momento el ingeniero Jorge Mario López se aprovechó de su calidad de empleado de Induherzig para desviar negocios a su favor y al de Industricol, porque ser empleado no le obligaba a "borrar" toda su experiencia que en realidad puso en práctica sin usar medio alguno para confundir a la clientela de la demandante, por lo que claramente no se está ante un caso de desviación desleal, tanto como que atiende más de 30 clientes que ninguna relación tienen con Induherzig. Cosa diferente es que en efecto los demandados han atendido clientes comunes con Induherzig, los cuales ganó con ayuda de un adecuado plan de

atención comercial en el que estos decidieron entrar de manera libre, al punto que unas veces contratan con la demandante y otras con los demandados. Es el caso de Bavaria, Casa Luker, Procter & Gamble, Nutresa, Gamma, Familia, Mineros S.A, Zenú, Prebel, Microplast, Locería Colombiana S.A, Industria Colombiana de Café y Colcerámica.

Ya sobre los actos particulares de competencia desleal la respuesta consistió en negar todos ellos, pues aseguraron que Industricol se presentaba como una sociedad con experiencia acumulada de 12 años a pesar de haber sido constituida apenas en 2008, debido a que se informa a todo el público con franqueza que en su ocupación comercial se suman los años de experiencia acumulados por el ingeniero Jorge Mario López, más que los clientes atendidos que anuncia en su publicidad en efecto son aquellos que usualmente asiste, por lo que si bien Induherzig pudo "abrir el mercado" en realidad ello no le da derecho a conservarlo de manera perpetua. Además, las certificaciones expedidas por Industricol del 17 de agosto de 2010 para Productos Familia, el 13 de septiembre de 2010 y 4 de marzo de 2011 para Industria Colombiana de Café y el 22 de febrero de 2011 para Alimentos Cárnicos S.A.S, daban cuenta, otra vez, de la experiencia profesional del señor López como ingeniero.

Finalmente, sobre la supuesta disminución en las ventas de la demandante y los perjuicios causados, los demandados señalaron que la parte demandante debía probar los supuestos de hecho en que basa esas pretensiones, por lo cual propusieron las que llamaron "excepciones" de "las actuaciones del ingeniero Jorge Mario López están amparados por derechos de raigambre constitucional: el derecho al trabajo y el derecho de libre asociación", "las actuaciones de Industricol Ltda y del ingeniero Jorge Mario López están también amparadas por los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres y competencia económica libre pero leal", "el demandante confunde la desviación ilícita de la clientela, que nunca ha existido, con el efecto natural del mercado derivado del derecho de los consumidores a la libertad de escogencia", "los actos que le reprocha la demanda a Industricol Ltda y a Jorge Mario López no son reales, ni desleales, ni han desviado ilícitamente la clientela", "la demanda de Induherzig S.A es abusiva y pretende sacar injusta e ilegalmente del mercado a un competidor legítimo" y "prescripción".

DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN (carpeta 02 OneDrive).

Ambos demandados presentaron demanda de reconvención en la que enarbolaron las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. Declárese que Induherzig S.A incurrió en actos de competencia desleal por los actos de descrédito y difamación contra la actividad comercial de Industricol Ltda y del ingeniero Jorge Mario López a que se refieren los hechos de esta demanda.

SEGUNDA. Declárese que Induherzig S.A es responsable de los mencionados actos de competencia desleal y que, por tanto, está obligada a indemnizar los perjuicios con ello le causó a Industricol Ltda y a Jorge Mario López."

Lo anterior, para que la demandada en reconvención sea condenada a cesar toda conducta difamatoria, enviar una comunicación a todas las personas a quienes comunicó información que no corresponde a la verdad, realizar una rectificación y pagar con intereses las siguientes sumas de dinero:

Perjuicios de Industricol Ltda

- **Extrapatrimoniales:** los que establezca el Juez en su sano arbitrio, de conformidad con los precedentes para indemnizar el daño a su buen nombre, honra e imagen comercial.

- **Patrimoniales:** lucro cesante derivado de los clientes que han desistido de contratar con Industricol Ltda. *"Dado que se trata de un perjuicio que todavía no ha terminado y que se consolidará en el futuro, deberá ser cuantificado pericialmente en el proceso"* (sic escrito demanda reconvención)

Perjuicios de Jorge Mario López

- **Extrapatrimoniales:** los que establezca el Juez en su sano arbitrio, de conformidad con los precedentes para indemnizar el daño a su buen nombre, honra e imagen comercial.

Todo lo antedicho, con fundamento en hechos que así se compendian:

Que el señor Jorge Mario López tuvo un vínculo laboral como ingeniero de ventas con la demandada en reconvención desde agosto de 2003 hasta el 15 de marzo de 2010, al cual renunció en la última fecha por el manejo abusivo de su empleadora con respecto al sistema de remuneración por comisiones, puesto que se incrementó de manera desproporcionada el presupuesto de ventas para hacerle inalcanzable el logro de las mentadas comisiones.

Que por lo tanto decidió dedicarse de lleno a ejercer su profesión en la sociedad Industricol S.A, misma que fue constituida en abril de 2008 con su cónyuge Ana Patricia Castaño, pero aclarando que su ejercicio allí comenzó una vez renunció a Induherzig S.A.

Que Industricol tiene dos líneas de negocio: la intermediación en el transporte internacional de mercancías e, igualmente, la intermediación en la comercialización de maquinaria industrial. Lo anterior, porque la señora Ana Patricia Castaño es profesional en comercio internacional y el señor Jorge Mario López es ingeniero mecánico, por lo cual esa sociedad fue creada por la pareja de cónyuges para dedicarse a sus respectivas profesiones.

Que la sociedad constituida por los demandantes en reconvención ganó mercado porque el ingeniero López prestaba asesoría integral a los clientes, en cuanto a la adquisición de maquinaria, especialmente en el sector de las bombas industriales en el que compiten empresas como Induherzig S.A y otras. Además, el éxito de su ejercicio se debió exclusivamente a la experiencia de sus directivos que han competido libre y lealmente en el ramo de negocio que corresponde a su formación académica, al punto de captar clientes como Bavaria, Casa Luker, Procter & Gamble, Nutresa, Gamma, Familia, Mineros S.A, Zenú, Prebel, Microplasta, Locería Colombiana S.A, Industria Colombiana de Café y Colcerámica.

Que Induherzig realizó varios actos de competencia desleal, tales como:

- Desde mayo de 2011 emprendió una campaña difamatoria verbal y escrita, dando por cierto y difundiendo que los demandantes estaban adelantando actos comerciales reprochables, ilegales y desleales en su

contra, la cual se consumó a través del señor Eduardo Restrepo Escobar, su gerente general, quien redactó un comunicado que contiene graves calumnias en contra de Industricol y el señor López y finalmente lo envió a clientes potenciales, asegurando que su expleado supuestamente habría aprovechado la confianza depositada para sustraer una información confidencial, sobre la que no se precisó pormenor alguno porque obviamente tal sustracción nunca tuvo lugar, más informó al mercado que los aquí demandantes en reconvencción no estaban autorizados para distribuir las marcas que Induherzig ha manejado en el mercado por más de 30 años.

En adición, la demandada en reconvencción creó en el mercado todo tipo de dudas al informar a los clientes potenciales que *"no asumiría ninguna responsabilidad ni garantía frente a los negocios que efectúe Industricol"* (fl. 4 demanda reconvencción). Igualmente dio esa sociedad por sentado que su competidora había sido o debía ser necesariamente condenada por las autoridades, pues informó a los integrantes del mercado que se estaba ente una campaña desleal de competencia para desviar clientela con usurpación de la reputación ajena.

- La comunicación escrita con las anteriores afirmaciones difamatorias fue enviada y efectivamente recibida por los destinatarios, entre los cuales se encontraban clientes comunes de ambas sociedades y exclusivos de Industricol, es decir, Cervecería Unión, Casa Luker, Procter & Gamble, Compañía Nacional de Chocolates, Electroporcelanas Gamma, Productos Familia, Minersos S.A, Zenú, Prebel S.A, Microplast S.A, Industria Colombiana de Café, Colcerámica, Conservas California S.A y Rohm and Haas (comunes), Coldeplast S.A.S, Federación Nacional de Cafeteros, Colombit S.A, Tepsa S.A, Productos Químicos Panamericanos S.A, Construcciones El Condor, Colanta, Procesadora de Leche S.A, Central Lechera de Manizales, Peldar S.A, Comestibles La Rosa S.A, Frugal S.A y Mabe S.A (exclusivos de Industricol).

Que con ocasión de lo anterior, el 7 de septiembre de 2011, el señor Jorge Mario López presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra del señor Eduardo Restrepo Escobar, por el posible delito de calumnia.

Que los actos desleales de descrédito y difamación han causado a los reconvinientes innumerables perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial, comenzando porque la campaña de desprestigio constituye en sí misma un perjuicio de la segunda clase porque lesiona los derechos fundamentales al buen nombre comercial, imagen y honra. Además, en cuanto al aspecto patrimonial, es claro que muchos clientes han desistido de contratar con Industricol y se ha generado un lucro cesante, como en los casos de Zenú, Industria Colombia de Café, Meals de Colombia y Compañía Nacional de Chocolates que dejaron de ocupar a la demandante en reconvención para la intermediación en la adquisición de bombas de fluidos.

Que tanto ese lucro cesante como la pérdida de oportunidad de celebrar negocios con la clientela actual y potencial deben ser objeto de dictamen pericial, en el que se determine el valor total de las ventas del mercado de bombas de fluidos para los años 2011 y siguientes hasta que cese la difamación, para de allí concluir con base en probabilidades las oportunidades perdidas por Industricol. De lo contrario, deberá determinarse el valor de la indemnización con apoyo en el dictamen pericial y criterios aproximativos o de equidad.

RÉPLICA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La demanda de reconvención fue admitida por auto fechado el 24 de febrero de 2012 (fl 29 carpeta 02), y notificada la demandada por estados, procedió a contestarla aceptando en primer término que en efecto el señor Jorge Mario López fue su empleado por el tiempo narrado en la reconvención. Además, agregó que era cierta la renuncia a su calidad de empleado, pero aclaró que el motivo de esta fue "atender asuntos personales" y no el que sostiene ahora en la demanda.

Por otro lado, aceptó los hechos relativos a la creación legal de la sociedad Industricol Ltda, precisando que su objeto social original es el mismo que el de Induherzig, puesto que su rol como agencia internacional de carga apenas se introdujo mediante una reforma realizada en la escritura pública número 2585 del 10 de agosto de 2009 de la Notaría 20 de Medellín.

En adición, alegó que no le constaba nada sobre la vinculación laboral del señor López en la sociedad demandante en reconvención, pero fue enfática en señalar que habría de probar una serie de actividades comercial de aquel a favor de esta, para momentos en que aún tenía la calidad de empleado dependiente de Induherzig.

También agregó que nada le constaba sobre la actividad de Industricol en el mercado o sobre sus resultados financieros, no sin antes afirmar que su conducta siempre ha sido desleal porque en el mercado se presenta como una sociedad con experiencia atendiendo a unos clientes que antiguamente son de Induherzig.

Con respecto a la supuesta "carta difamatoria" alegó que todas las comunicaciones que hizo a los integrantes del mercado tenían por objeto la defensa de su posición comercial, por lo que aceptó haber enviado una carta a sus clientes habituales con la aclaración de que allí no se calumnió a nadie ni informó nada contrario a la realidad, debido a que simplemente se informó que el ingeniero Jorge Mario López estaba desarrollando para entonces una actividad comercial ante clientes que atendió hasta el 15 de marzo de 2010 como empleado de Induherzig, más también es cierto que para abril de 2011 ni Jorge López ni Industricol tenían experiencia como proveedores de bombas Waukesha y que el señor López se apoderó de información de sus clientes, para disponer de ella en favor de su nueva empresa, soslayando que su antigua empleadora siempre ha sido distribuidora autorizada de Waukesha, Piuriti, Murzan, Sonic Air System, Watson Marlow Bredel y Yamada.

A propósito de la tan mentada carta enviada a los clientes "comunes", esto es, a los que se anunciaban en la página web de Industricol como principales, también agregó que en ningún momento aseguró que alguno de los demandantes en reconvención hubiera sido condenados por autoridad alguna, debido a que simplemente anunció la exploración de emprender causas judiciales en su contra, a lo cual efectivamente siempre ha tenido derecho.

Con base en todo lo anterior, propuso la manifestación general de defensa que consistió en que *"Induherzig SA ha utilizado legítimamente los mecanismos que la ley le otorga para defender la clientela formada, e*

Industricol Ltda ha incumplido sus obligaciones de competencia leal en la disputa de ese mercado” (fl. 36 respuesta demanda reconvención).

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada la relación procesal, se dictó sentencia en la que se decidió lo siguiente:

"Primero: Denegar las pretensiones de la demanda principal por ausencia de los presupuestos axiológicos de la acción.

Segundo: Acoger las pretensiones de la demanda de reconvención. En consecuencia, se declara que Induherzig S.A. incurrió en conductas de competencia desleal.

Tercero: Condenar a Induherzig S.A. a pagar a Industricol Ltda la suma de \$50´000.000 y a Jorge Mario López Gómez la suma de \$30´000.000, por concepto de daño al buen nombre e imagen comercial. Sumas dinerarias que deberán ser canceladas dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto: Negar el reconocimiento de los demás perjuicios solicitados, al no encontrarse probados.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada en reconvención y a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho serán fijadas por auto.” (sic)

La sentencia se adicionó a petición de la parte demandada en la demanda principal, para disponer el levantamiento de las medidas cautelares y en el sentido de que también *"se ORDENA a Induherzig realizar una rectificación sobre las afirmaciones realizadas, ante cada una de las empresas que remitió las comunicaciones analizadas en esta sentencia, anexando copia de la presente providencia. Además de abstenerse de realizar nuevamente actos como los aquí enjuiciados frente a los demandados principales”*

Para decidir de la manera como lo hizo, el Juzgador comenzó con un recuento fáctico de la demanda y su contestación, así como del trámite del proceso, para luego asegurar que se encontraban reunidos los presupuestos procesales.

A renglón seguido se planteó como problema jurídico el consistente en *"establecer si en el caso particular por parte de Industricol Ltda se ejecutaron actos de competencia desleal en contra de Indurherzing S.A., acorde a los lineamientos de la ley 256 de 1996. De igual forma, en lo que atañe a la demanda de reconvención, se analizarán las conductas desplegadas por Indurherzing S.A., para establecer si las mismas son constitutivas de un actuar desleal."*

Pasó entonces el Juez a decir, de una vez, que habiendo analizado las tesis de las partes con su correspondiente confrontación probatoria, le resultaba claro que la respuesta al problema jurídico no podía ser otra que la negativa de la demanda principal y positiva en lo relativo a la reconvención, tal como comenzó a explicar con base en las disposiciones de los artículos 7 a 20 de la ley 256 de 1996 y lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio en el Auto No. 3777 del 20 de octubre de 2004m según el cual: *"para que una conducta que despliega un participante en el mercado pueda ser considerada como constitutiva de competencia desleal, es indispensable que la misma reúna dos elementos fundamentales: i) Que se trate de un acto de competencia; y ii) Que ese acto de competencia pueda ser calificado como desleal"*.

Por otro lado, citó la Sentencia de Casación proferida por Sala Civil de la Corte el 12 de septiembre de 1995 (M.P. Nicolás Bechara Simancas, Expediente Nro. 3939), para argumentar que *"la competencia implica una "oposición de fuerzas entre dos o más rivales" en el mercado por conquistar un objetivo común, cual es "la preferencia de la clientela en relación con los productos que fabrican o comercializan, o respecto de los servicios que prestan. De esta forma, la competencia se traduce en una lucha entre participantes en un mercado, cuyo objetivo final es el de captar una clientela actual o potencial"*

Dicho lo anterior, el Juez decidió adentrarse en el estudio de la demanda principal, la cual según indicó se basaba en la supuesta en la comisión de los

siguientes actos de competencia desleal: "i) *Que Industricol aprovechó el mercado abierto en Colombia por Induherzig y se creó con un objeto social similar.* ii) *Se efectuaron negociaciones con la sociedad Proyecto Sabaleta S.A.S. de Mineros S.A., desviadas por Jorge Mario López en el año 2009, cuando este era empujado de Induherzig.* iii) *presentarse en el mercado como importador directo de la mercancía distribuida de manera exclusiva por la demandante.* iv) *Desviar la clientela a favor de Industricol.* V) *Presentarse en el mercado con información falsa.*"(sic)

En cuanto a lo primero, aseguró que el hecho de tener presencia en el mercado durante décadas con anterioridad a cualquier otra sociedad, no se traduce automáticamente en que fue Induherzig la que abrió el mercado y se encargó de su expansión, más si fuera ello cierto el hecho que un tercero explote un mercado expandido por otro comerciante no genera un acto reprochable, como tampoco lo es la creación de una compañía con un objeto social similar, debido a que ello lo único que exhibe es la competencia normal que se presenta en los diferentes sectores mercantiles.

Además, el Juez precisó que

"resulta coherente pronunciarse sobre la presunta utilización de información confidencial por parte de Jorge Mario López, por hacer uso del listado de clientes y, en general, de datos que manejaba Induherzig y a los cuales tuvo acceso al laborar allí. En primer lugar debe decirse que dicha información no posee el carácter de sensible o confidencial, pues esta no constituye ese plus que ayude a la demandante a mantener una ventaja o competitividad ante terceros o que simplemente tenga este valor por ser secreta.

En segundo lugar, no logró acreditarse que el citado ciudadano tuvo acceso a la misma por su relación con la demandante, por cuanto también pudo haber adquirido la misma con un simple estudio de mercado donde se obtuviera como resultado las empresas que son consumidoras de los servicios prestados por empresas como Industricol e Induherzig y que podrían ser potenciales clientes. En conclusión, el reproche que aquí se analiza no se encuentra tipificado en la Ley 256 de 1996."

Para referirse a los supuestos negocios realizados por Industricol con la sociedad Sabaleta S.A.S, Mineros S.A, Grupo Familia y, en general, a las demás que Induherzig consideró como sus clientes desviados, aseguró el Juez que no en realidad estaba acreditada la relación contractual entre Industricol y esas sociedades desde el año 2009, pues las diferentes probanzas obrantes en el expediente dan fe de ello. Sin embargo, precisó que ese hecho *per se* no es constitutivo de un actuar desleal de Industricol, ni de Jorge Mario López Gómez, quien para esta fecha aún laboraba en Induherzig, debido a que nada impedía al demandado emprender su propio negocio, aun encontrándose adscrito a la compañía demandante, salvo que su contrato de vinculación así se lo prohibiera o que se demostrara que este se encargara de manipular las tratativas para ser favorecido.

En cuanto a los reproches de la demanda según los cuales Industricol: i) se ha presentado en el mercado como importador directo de las marcas que comercializa Induherzig de manera autorizada y/o exclusiva; y ii) se ha dado a conocer a través de información falsa, el Juzgador resaltó que ese par de inconformidades radicaban en que la sociedad demandada impuso en algunos instrumentos las leyendas "importadores directos" y "distribuidores", circunstancia que no solo no se advierte como desleal sino que resulta ser cierta, según se desprende de los medios probatorios militantes en el plenario. Es que si bien Industricol no funge como distribuidor autorizado o exclusivo de marcas como Yamada, Waukesha, entre otras comercializadas en esta calidad por Induherzig, ello no es óbice para que aquella ofrezca, adquiera, importe y comercialice tales productos a lo largo y ancho del territorio nacional. Esa situación da cuenta, dijo el Juez, más bien de un posible incumplimiento de las casas matrices de esas marcas que, aun teniendo exclusividad con la demandante, también han vendiendo sus productos a terceros.

En punto a la desviación de la clientela, el Juez encontró probado que la demandante ha tenido por años relaciones comerciales con la Federación Nacional de Cafeteros, el Grupo Empresarial Nutresa, el Grupo Familia, Mineros S.A., entre otras sociedades, mismas que también han sido clientes de Industricol. No obstante, reiteró, el sólo hecho de compartir clientes o atenderlos de manera simultánea no es constitutivo de un actuar reprochable o desleal, debido a que evidentemente el nicho de ambas sociedades está

conformado por clientes muy similares, gracias a que son esos clientes precisos los que requieren de equipos y servicios industriales de la naturaleza que las sociedades aquí comprometidas prestan.

Ahora, entendió el *a-quo* que el hecho de haber sido el señor López empleado de la sociedad demandante no constituía prueba sobre un actuar desleal o de mala fe, *"sino un resultado normal de la libre y sana competencia. Es decir, el hecho de que, sin mediar confusión y/o acto malicioso alguno, un cliente decida cambiar su proveedor de "confianza" o de tradición, por un agente diferente, no es un acto desleal, de hecho, es un evento que comúnmente ocurre en todo tipo de mercado"* (sic). Es más, citó el testimonio del señor Ramón Horacio Franco Valencia, técnico de Bavaria que dijo conocer a ambas empresas y al ingeniero López, y precisó que *"... una vez el técnico que soy yo, especificamos los requerimientos el departamento de compras procede a hacer las licitaciones para cumplir esos requerimientos. El tiempo que llevo yo en Bavaria siempre ha sido a través de licitaciones"* (cfr. Fl. 12 vto C. Pruebas demandante en reconvención). Es decir, siempre ha sido los propios consumidores quienes han elegido libremente con quien contratar.

Así las cosas, citando la sentencia C-992 de 2006 dictada por la Corte Constitucional y el auto 3777 del 20 de octubre de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Juez concluyó que no se cumplen los presupuestos axiológicos de la pretensión principal.

Pasó entonces al análisis de la demanda de reconvención, recordando que esta se centra en una supuesta campaña de difamación y/o descredito que Induherzig realizó en contra de Industricol, conducta que encontró enmarcada en el artículo 12 de la ley 256 de 1996 según el cual *"se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes."*

Para probar los hechos base de la pretensión, los demandantes en reconvención aportaron un comunicado escrito fechado el 26 de mayo de 2011, que fue enviado por Induherzig S.A a clientes como Alpina, Bavaria,

Casa Luker, Grupo Nutresa, Bimbo, entre otros, en el que textualmente aseguró que

"(L)amentablemente hemos detectado que el Señor Jorge López, abusando de la confianza que se había depositado en él extrajo información confidencial de nuestro negocio y además durante los últimos meses de trabajo en nuestra empresa se dedicó a realizar un trabajo en paralelo para derivar información de las zonas que estaban a su cargo para promover e impulsar su propio negocio, Industricol Ltda, aprovechando ilegítimamente la reputación de INDUHERZIG S.A. y el conocimiento que tenía de la clientela atendida."

En breve nuestro departamento legal estará gestionando las medidas legales pertinentes para poner en conocimiento de la autoridad competente esta conducta calificada por la ley colombiana como desleal por la explotación ilegítima que surge de la usurpación de la reputación ajena con el propósito obvio de desviar la clientela y captar participación en el mercado".

Además, se resaltó que a folio 8 del cuaderno entonces físico, milita una nueva comunicación donde se informó a algunas de las sociedades en mención sobre la interposición de la presente demanda que se acompañó el certificado de existencia y representación de Industricol, donde se exhibe la inscripción de la demanda como medida cautelar. Incluso, citando el testimonio de Alejandro Vélez Santacruz, ingeniero de la sociedad Grancolombia Gold, el *a-quo* concluyó que en alguna oportunidad Induherzig cuestionó la negociación realizada entre la sociedad para que la que trabaja el testigo e Industricol, llegando a insinuar que los materiales proporcionados por la demandante en reconvencción no tendrían éxito.

Esos hechos de descrédito, aseguró el Juzgador, sin lugar a duda dañan el buen nombre y la imagen de los demandantes en reconvencción, por lo que citando la sentencia de Casación Civil proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 5 de agosto de 2015, con ponencia del entonces Magistrado Ariel Salazar Ramírez dentro del proceso con radicado 2003-00660, aseguró que debía indemnizarse a los demandantes el reconvencción los perjuicios derivados del daño a su buen nombre.

No obstante, el Juez negó los perjuicios patrimoniales por falta de prueba, porque si bien es cierto se practicaron varios dictámenes periciales que dan cuenta de las cotizaciones efectuadas y presentadas por Industricol Ltda ante sus clientes habituales, en el marco de negociaciones que no fueron fructíferas, lo cierto es que no se logró establecer cuáles de estos negocios fracasaron en virtud de los actos emprendidos por Induherzig. Insistió el funcionario en que una de las modalidades en que los clientes escogían el prestador de servicios era la licitación, lo cual indica que también existe la posibilidad de que el fracaso de los negocios se debiera a simplemente no satisfacer la necesidad de los consumidores.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión ambas partes se alzaron en su contra, alegando como reparos concretos los que pasan a individualizarse.

Demandante principal

PRIMERO: *"Interrogatorio de parte absuelto por el señor Eduardo Restrepo. Consideraciones en torno a la violación presunta del principio de libertad de empresa y el trabajo que deriva la sentencia de las respuestas del señor Eduardo Restrepo y de las declaraciones de los testigos Héctor Sánchez y Alejandro Vélez S."*(sic escrito reparos)

SEGUNDO: *"Valoración probatoria de la respuesta a los oficios 643 a 666 librados por el despacho a solicitud de INDUSTRICOL."*

TERCERO: *"Valoración y apreciación de la prueba para declarar ajustada a derecho la conducta del señor JORGE MARIO LOPEZ e INDUSTRICOL frente al mercado atendido inicialmente en nombre de INDULHERZIG. No es leal la conducta desplegada por los demandados para presentarse al mercado y abrirse un espacio en él. El propósito no se discute; se discute la manera de acceder al mercado".*

CUARTO: *"Ausencia de fundamento para imponer condena indemnizatoria por eventual daño extrapatrimonial en favor de los demandados"*(sic escrito reparos)

Demandante en reconvención

Aseguró que *"(L)a inconformidad recae sobre la negativa al reconocimiento de la indemnización del lucro cesante narrado en los hechos 24 y 25 de la demanda de reconvención y objeto de la pretensión 3.1 (b)."* (sic escrito reparos). A partir de allí enarboló los siguientes reparos:

PRIMERO: "dictamen pericial de Claudia Ramírez", consistente en que

"(L)a perito contadora Claudia Ramírez, quien rindió un primer dictamen pericial en el proceso, incurrió en graves errores al intentar cuantificar este perjuicio.

Esos errores están explicados en forma detallada en el memorial de objeción por error grave (fechado 6 de abril de 2017). El principal error consistió en que la perito concluyó que no había perjuicio porque tomó las cotizaciones no exitosas de Industricol en un período de tiempo (entre diciembre de 2010 y 15 de agosto de 2013) y afirmó que no hubo ventas de Induherzig en esa misma época."(sic escrito reparos)

Luego, el error evidente es que la perito tomó un período de cálculo anterior a la carta difamatoria, más pasó por alto que el perjuicio no consistió en que Industricol perdió las ventas porque finalmente fueron efectivas para Induherzig, sino en que los negocios se frustraron con independencia de ello y por el sólo hecho de la difamación.

SEGUNDO: "dictamen que resolvió la objeción por error grave (rendido por Pascual Julio Henao)."Este reparo consiste en que el mentado experto calculó el perjuicio desde diferentes ópticas, a saber:

Marcas: "el perito precisó que su cálculo se referiría a bombas de fluidos de marcas Waukesha, Bredel, Watson-Marlow y Yamada, que son aquellas sobre las cuales Induherzig afirma que era distribuidor único o exclusivo (pág. 14 del dictamen)".

Empresas: "el perito precisó que el cálculo se haría en relación con las empresas que recibieron el comunicado difamatorio: Grupo Nutresa

(empresas a las cuales se refirió el hecho 25 de la demanda de reconvencción), Familia S.A. y Mineros S.A. (pág. 14 del dictamen)."

Pérdida de ventas de Industricol: antes de la carta difamatoria del 30 de mayo de 2011 *"Industricol vendió bombas marca Waukesha a las empresas del grupo Nutresa y a Colcafé por valor de \$168.900.362,00, y que Induherzig vendió en ese mismo período al Grupo Nutresa, Mineros y Familia S.A., bombas por valor de \$202.766.667,00."* No obstante, después de la mentada carta enviada por Induherzig a los integrantes del mercado *"Industricol no vendió equipos de marcas Waukesha, Bredel, Watson-Marlow y Yamada a las empresas del Grupo Nutresa, ni a Mineros S.A., ni a Familia S.A. (empresas que recibieron la carta difamatoria), mientras que en el mismo período, Induherzig sí vendió bombas de esas mismas marcas a esas empresas"* (sic escrito reparos)

Estimativo de las ventas perdidas por Industricol: *"el perito estableció que era posible hacer un estimativo de las ventas perdidas por Industricol a esas empresas, de bombas de esas marcas, a partir de la carta difamatoria y hasta la fecha del dictamen (octubre de 2019), con el siguiente método (págs. 15 y 16 del dictamen)".* Concretamente, el lucro cesante quedó probado porque el perito calculó el porcentaje de ventas de Industricol con respecto a Induherzig, concluyendo que entre abril de 2010 y mayo de 2011, año inmediatamente anterior a la carta difamatoria, las ventas de la primer sociedad correspondían al 83.3% de la segunda.

"(L)uego, el perito aplicó ese porcentaje del 83.3% a las ventas efectuadas por Induherzig a partir de la carta difamatoria (1º junio 2011) hasta la fecha del dictamen (octubre 2019), únicamente a las empresas ya mencionadas y las marcas ya indicadas. El resultado serían entonces las ventas que podría considerarse habría hecho Industricol si Induherzig no hubiera enviado la carta difamatoria." (sic escrito reparos). En consecuencia, *"el valor de las ventas perdidas (\$73.191.693,00) fue actualizado con el interés bancario corriente (que ascendía para la fecha del dictamen a una suma adicional de \$62.819.687,00), lo que arrojó la suma de \$136.011.380,00"*

En conclusión el Juzgado se equivocó al no dar por probado el lucro cesante, cuando el perito Pascual Julio Henao estableció su existencia y cuantificación. No obstante, el *a-quo* aseguró que no existía prueba que ligara el fracaso de las ventas con la carta difamatoria enviada por Induherzig, pero ese razonamiento es equivocado porque *"(L)a lógica y la sana crítica imponen concluir que una carta difamatoria genera aversión de un cliente hacia el proveedor difamado. Por ende, no puede haber duda de que existió un perjuicio por pérdida de ventas de Industricol a las empresas que recibieron la carta difamatoria."*(sic escrito reparos)

Además, para la cuantificación el Juez debió acudir a los criterios preceptuados en el artículo 283 del C.G.P, incluida la equidad, o a los criterios de derecho blando, como los PETL (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil aplicables en casos de falta de certeza, y según los cuales *"debe condenarse en proporción a las probabilidades de causación"*, como incluso lo han mencionado *"sentencias tan renombradas como la sentencia de Actividades Peligrosas proferida en agosto 24 de 2009 con magistrado ponente William Namén Vargas"*

DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (DECRETO 806 DE 2020)

De la parte demandante principal

Los recursos de apelación fueron admitidos mediante auto fechado el 29 de junio de 2021 (notificado por estados del 6 de julio siguiente). El 9 de julio de 2021 **la parte demandante principal** presentó el escrito contentivo de la sustentación, y con él se acompañó constancia de haber agotado el trámite previsto en el parágrafo del artículo 9º del decreto 806 de 2020.

Como al momento de introducir el recurso mencionó apenas los reparos, en esta oportunidad los desarrolló de la siguiente manera:

PRIMERO, TERCERO Y CUARTO:

La sustentación consiste en que *"(E)l ataque se dirige a la conducta desarrollada por Industricol y/o Jorge Mario López para competir en ese mercado. La sentencia ignora la mayoría de la prueba documental (los anexos*

a la demanda, las aportadas por el señor Eduardo Restrepo al responder el interrogatorio de parte absuelto en el trámite de la demanda de reconvención)". Ahondó en este punto para decir que

"(A) partir del minuto 9.30 y hasta el minuto 12 se afirma que no está probado que fuera contrario a la buena fe comercial el aprovechamiento que hicieron los demandados para acceder al mercado en un primero momento, de la información de la cual disponía el demandado Jorge Mario López en razón de su actividad comercial en Induherzig SA. La afirmación del juzgado resulta inaceptable por razones obvias y probadas: Jorge Mario López conocía ese mercado, dadas las funciones que cumplió para Induherzig SA hasta el momento de su renuncia y antes de trabajar para Induherzig SA no había tenido contacto alguno con ese mercado. Clientes, precios, productos, e "información en general" fueron conocidas por él; basta leer las respuestas al interrogatorio de parte que absuelve la señora Angela Patricia Castaño (su esposa) como representante legal de Industricol.(Folios 10 a 11 , preguntas #3 a 11) y por el mismo Jorge Mario López a la integridad del interrogatorio que aparece a folios 12 vto, 13 y 14 del cuaderno de pruebas de la parte demandante.

*El juzgado ignora esas declaraciones que tienen efectos de confesión y que evidencian que la actividad comercial de los demandados se inició aún antes del retiro de Jorge Mario López de Induherzig SA. Además no le merece ninguna atención que en los días y meses inmediatamente siguientes la actividad comercial se desplegó frente a algunos integrantes del mismo mercado, anunciándose indistintamente como importadores directos y/o distribuidores autorizados de bombas industriales de marcas cuya distribución exclusiva había sido autorizada a Induherzig. **No se trata de valorar la decisión de los demandados de concurrir a ese mercado; se trata de valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la forma de la forma de hacerlo.**"(sic escrito reparos)*

En ese orden, la sentencia hace inútiles los postulados de la buena fe comercial, porque no se dio ninguna trascendencia a que Jorge Mario López:

i) contactara a un proveedor atendido como empleado el mismo día de la

terminación del contrato de trabajo, para explorar la posibilidad de realizar negocios con productos de una marca cuya distribución única se había entregado a su ex empleador; y ii) solicitara al fabricante de las bombas de la marca Murzan, y realizara un negocio que ignoraba Induherzig, quien le guardó y le reconoció la comisión que le correspondía, según las "(R)espuestas a las preguntas 1 a 15 del interrogatorio de parte absuelto por el codemandado Jorge Mario López. Folios 12 a 15 del cuaderno Pruebas del demandante. Expediente electrónico"(escrito sustentación)

Además, la apelante insiste en que fue inadecuada la valoración del testimonio rendido por el señor **Alejandro Vélez**, especialmente "*partir del minuto 32.40. Interés jurídico en la indemnización del daño al buen nombre.*" (sic escrito sustentación). Particularmente, la sociedad apelante sostiene que

"(E)l juzgado da plena credibilidad a la versión del declarante para establecer la realización de los actos de descrédito predicados por Induherzig SA en contra Industricol SAS C y Jorge Mario López, omitiendo el rigor debido al análisis de su testimonio, derivado del hecho confesado por el declarante sobre la existencia de una demanda promovida por él en contra de Induherzig por diferencias surgidas en la ejecución y liquidación del contrato de trabajo que los tuvo vinculados e ignorando la animadversión existente advertida por el propio declarante con la señora Claudia Mejía gerente administrativa de Induherzig a partir de una consideración del valor de su indemnización a la terminación del contrato."

También, se reprocha que el Juez hubiera omitido que el testigo ya conocía el motivo por el cual había sido llamado a declarar. "*El testigo no solo conocía el tema sobre el cual se le preguntaba sino que tenía interés en resultado del pleito a partir de sus respuesta (...) El declarante no fue testigo directo de lo que declara; lo oyó y quienes dijeron haberlo oído, le pidieron aclaraciones e intervención en el asunto, que si existió, terminó respaldando a Industricol SAS como resulta apena obvio. (La declaración puede verse en el expediente digital, pruebas demandante en reconvencción folios 023 y siguientes)."*

Luego, el testigo realmente no tenía ninguna constancia sobre la supuesta "práctica sospechosa" emprendida por el señor Eduardo Restrepo

(representante legal de la demandante principal), cuando supuestamente manifestó frente a Gran Colombian Gold una serie de suspicacias sobre el suministro de algunos equipos para la mina Silencio y de la ineptitud de los mismos en la actividad requerida.

Con respecto a la inadecuada valoración del interrogatorio del señor Eduardo Restrepo, representante legal de la demandante y demandada en reconvencción, la apelación parte de que *"las comunicaciones enviadas en mayo y diciembre de 2011 y esta última anexando un certificado de existencia y representación para atender solicitudes de algunos de los destinatarios, constituye para el juzgado un acto realizado con un propósito de descrédito de los demandados, que afecta su imagen; su propósito, dice la sentencia no era simplemente informativo."* (sic escrito sustentación)

Ahora bien, el Juez supuestamente le restó valor a las respuestas brindadas por el señor Eduardo Restrepo, en la medida que explicó detalladamente cómo la actividad comercial de los demandados se volcó al mismo mercado atendido de tiempo atrás por la empresa que dirige, aduciendo que esa fue la razón que lo llevó a informar a la clientela la situación anómala que advertía y su disposición de eventualmente acudir a la autoridad judicial para ventilar el conflicto. Luego, enviar una nueva comunicación que daba cuenta de la medida cautelar decretada en este proceso no implicaba deslealtad alguna, más

"(C)alificar como desleal su conducta frente a los hechos narrados en la demanda y analizados desde el punto de vista probatorio en este escrito, arrojan una sola pregunta: si no es legítimo el uso del mecanismo de demanda (independientemente de su resultado) y dentro de ella, la solicitud de una medida cautelar de inscripción de demanda, cual sería la herramienta legítima que pudiera utilizar en defensa de aquello que consideraba su derecho?" (sic escrito sustentación)

Con respecto a la reparación del daño extrapatrimonial aseguró la apelación se enfila a que la condena en ese punto sea revocada, porque la sentencia entiende que desde el momento en el cual Induherizg "aventuró" esta demanda, puso en vilo la reputación de los demandados y citó como evidencia única de su conclusión la declaración del testigo Alejandro

Vélez ya analizada, con apoyo en la cual atendiendo la *"sentencia de la CSJ del 15 de agosto de 2014 en el proceso radicado con el número 2003 0660, condena a la sociedad demandante al pago de los perjuicios derivados de daño mora por la afectación al buen nombre."*(sic)

Lo anterior, porque a partir de la página 42 de esa providencia se concluye que el daño al buen nombre, como daño extrapatrimonial que es, puede ser susceptible de indemnización como bien jurídico posterior, con independencia de otros perjuicios causados en la órbita patrimonial, pero no por ello *"la decisión judicial esté libre de establecer la gravedad del mismo y en su caso, cuantificarlo al libre y prudente arbitrio del fallador"* (escrito sustentación), máxime cuando en este caso ninguna prueba permite establecer que el buen nombre de la parte demandada resultara afectado por las comunicaciones enviadas a su clientela habitual. Es más, asegura textualmente la apelante, que

"si se apreciara los dictámenes periciales que fueron no fueron estudiados por las razones que el juzgado expone, se advertiría que en el suscrito por la perito inicial señora Claudia Ramírez, las ventas de la sociedad demandada crecieron a partir del año siguiente al de la formulación de esta demanda. El hecho lo refiero porque con independencia de que los dictámenes no pudieran ser tenidos en cuenta para la valoración de daños patrimoniales, la apreciación del crecimiento de ventas no se compadecería con una supuesta afectación al buen nombre de los demandados."

Finalmente, sobre el mismo reproche vinculado con la ausencia de prueba sobre los perjuicios extrapatrimoniales, la apelante se queja de la inadecuada valoración de la **"prueba de exhibición"**, pues a

"partir del minuto 30.20 valora la prueba de exhibición de documentos en la cual se examinaron dos comunicaciones de Induherzig de mayo de 2011 y de diciembre del mismo año, dando a conocer lo sucedido con el demandado Jorge Mario López y anexando certificado de existencia y representación de Industricol SAS en el cual aparece la inscripción de la demanda que dio origen al presente proceso."

La sentencia desecha un propósito informativo en ambas

comunicaciones y encuentra ante todo el propósito de difamar sin fundamento la conducta de los demandados.”(sic escrito sustentación)

Dijo entonces la apelante que se apartaba de esa consideración porque la demandante procedió de la manera que lo hizo bajo el conocimiento de una conducta observada por los demandados que valoró desde su posición de empresa versada en el mercado de bombas industriales, no como experta en temas jurídicos.

Al respecto de la inadecuada valoración del testimonio rendido por el señor **Héctor Sánchez**, de lo cual se hizo mención en el **primer reparo**, nada se dijo en la sustentación ante esa instancia.

SEGUNDO: Sobre el reparo introducido dentro de los 3 días siguientes a que la sentencia fue proferida, anunciado en ese momento como "*valoración probatoria de la respuesta a los oficios 643 a 666 librados por el despacho a solicitud de INDUSTRICOL*", nada se sustentó en la oportunidad de que trata el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

De la parte demandante en reconvención

Mediante escrito radicado el 16 de julio de 2021 radicó escrito contentivo de la sustentación y con él se acompañó constancia de haber agotado el trámite previsto en el párrafo del artículo 9º del decreto 806 de 2020. En esa oportunidad, la parte demandante en reconvención reiteró básicamente los mismos argumentos que sostuvo al momento de introducir el recurso.

Finalmente, ambas partes replicaron sobre los recursos interpuestos, solicitando la prosperidad del propio y el fracaso del propuesto por su contraparte.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo decidido y argumentado por el juzgador de Primer Grado, y teniendo en cuenta los reproches de ambas partes, de la siguiente manera pueden plantearse los problemas jurídicos centrales que debe abordar la Sala en esta ocasión:

¿están acreditados todos los presupuestos axiológicos de la pretensión de competencia desleal enarbolada en la demanda principal?

¿en realidad debió el Juez despachar desfavorablemente la demanda de reconvención?

Los anteriores problemas jurídicos suponen la solución de los siguientes problemas en **cuanto a la demanda principal:**

¿Incurrió el Juez en error de valoración probatoria en lo vinculado con el interrogatorio del representante legal de la sociedad demandante, el testimonio del señor Alejandro Vélez Santacruz y la prueba documental?

En lo que toca con la **demanda de reconvención** se determinará, además, si

¿debió el Juez condenar a la parte demandada al pago de lo solicitado por concepto de lucro cesante, como lo estima la parte actora? O, como lo sostiene Induherzig S.A ¿no debió condenarse por ese concepto ni por los perjuicios extrapatrimoniales, a causa de que no se reúnen los presupuestos axiológicos de la pretensión?

Superado el trámite correspondiente al recurso, corre la oportunidad de resolverlos y a ello se procede con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

De la competencia desleal

La jurisprudencia ha entendido que el concepto abarca "*todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos 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”.*¹
Esa definición evidentemente respeta lo preceptuado por artículo 7 de la ley 256 de 1996.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no toda competencia es desleal por el sólo hecho de reportar beneficios a un comerciante sobre otro, debido a que lo reprochable es *“(T)odo acto contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales y comerciales...”*, tal como lo ha dicho la Corte desde la sentencia del 10 de julio de 1986 al explicar lo siguiente:

“(L)a competencia, esto es, la oposición de fuerzas entre dos o más rivales entre sí que aspiran a obtener algo, tiene su significado propio en el campo de las relaciones mercantiles, pues aquello que se busca obtener no se consigue como fruto de un esfuerzo momentáneo, sino como resultado de un proceso en el que influyen factores de muy diversa índole, tales como el prestigio comercial, la calidad de los productos o servicios ofrecidos, los antecedentes personales y profesionales del empresario, las condiciones de precios y de plazos, la propaganda y el lugar de ubicación de los establecimientos de comercio.

Considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela.

*Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (art. 32 C.N. - hoy art. 333) y, por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario, garantizado en las disposiciones constitucionales.”*²

¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 12 de septiembre de 1995*. Rad. Expediente No. 3939. M.P. Nicolas Bechara Simancas.

Además, no puede desconocerse que la competencia desleal está compuesta por una serie de instituciones que en conjunto le entregan la robustez jurídica, que hace las veces de fundamento sancionador para los actos que le vayan en contravía. Así, por definición, es la *costumbre mercantil* el primer elemento integrante del régimen de la competencia desleal, por la cual se entienden aquellos hechos que "*sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.*" (art. 3 Código de Comercio).

En ese orden, más allá de los medios que deben emplearse para su prueba según las reglas contenidas en los artículos 6 y siguientes *ibídem*, debe entenderse que "*(L)a invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. La costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad.*"³ Situación claramente indicativa de la perfecta posibilidad existente en cuanto a fallar sobre la costumbre se trata.

Con relación a lo dicho, importante significación en el campo de la competencia es la que toma el concepto de la *buena fe* en general, y en específico en materia comercial, dado que tal institución se ha manifestado como "*instrumento moralizador del derecho...que surge como principio general informador de la juridicidad y la exigibilidad de las conductas tendientes al respeto de la fidelidad en la palabra dada, la corrección, lealtad, cooperación y confianza mutua en toda relación jurídica*"⁴. Empero, aunque esa buena fe se presume por vía de lo preceptuado en el artículo 83 de la Norma Superior, corrientes modernas sostienen que

"admitir una medida puramente subjetiva de la buena fe, sería caer en cálculos imposibles, sondeando las conciencias. La buena fe tal como se concibe en el derecho actual, dista mucho de lo que parece haber sido en derecho romano, según Bonfante: hoy tiende a ponderarse con criterio objetivo y por lo mismo se identifica con el comportamiento de

³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-486 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena fe Contractual*. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica y Ibáñez. 2012. p. 107.

un hombre medio, honrado y celoso cumplidor de sus deberes jurídicos, según las circunstancias peculiares del caso. En ese tipo objetivo vienen a coincidir o a superponerse ambos elementos, que algunos llaman equidad, en sus definiciones de la buena fe jurídica; que quizás sea algo más que la simple buena fe moral, pues no se conforma con la mera ignorancia, cuando no es además excusable.”⁵

En conclusión, las normas gobernantes de la competencia desleal propenden por el respeto a las sanas costumbres, el cual

“(…) genera para los competidores en el mercado, un cuidado mayor que el que conlleva simplemente la actitud de no violar la ley o la costumbre jurídica, pues además de estar obligados a respetar estas últimas, deben ser lo suficientemente cuidadosos para que sus conductas sean éticamente acordes con la práctica honesta del comercio, esté o no esté reconocida en una ley o en una costumbre mercantil”⁶

De los actos que constituyen competencia desleal y la improcedencia de acudir residualmente a la prohibición general.

Precisados entonces los principios generales que deben observarse en materia de competencia, la labor puntual del Juez se concreta en el subsiguiente análisis de los actos reprochados a un comerciante, a causa de los cuales se pretende en su contra una sanción bajo tal régimen. Son así las cosas, porque la regulación contenida en los artículos 7 y siguientes de la ley 256 de 1996 es clara en apuntar cuáles son los comportamientos que deben sancionarse por encarnar deslealtad comercial.

Al respecto, debe aclararse que el artículo 7 de la ley general prohíbe todo acto contrario a la buena fe comercial siempre que se realice con intención

⁵ Alsina, Dalmiro. Efectos jurídicos de la buena fe. Buenos Aires: Editorial Talleres Gráficos Argentinos L.J. Rosso. 1935. p. 9., citado en sentencia con ponencia de la Suscrita dentro del proceso con radicado 05360 31 03 002 2016 00084 02, dictada en audiencia del 27 de noviembre de 2018.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 31714, nov. 19/03, en: www.sic.gov.co/Normatividad/Jurisprudencia/Competencia_Desleal.pdf. Cabarría y Cia vs. Grafix. Recuperado 8 de septiembre de 2007.

concurrential⁷, y *"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 concurrential del mercado"*.

En ese sentido, serán actos de competencia desleal los que tengan como objetivo desviar la clientela, generar desorganización, confusión o engaño. Además, desleal será el obrar que lleve consigo la intención de desacreditar, comparar, imitar o explotar la reputación ajena. En adición, violar secretos de tipo industrial o comercial e inducir a la ruptura contractual entre partes puede considerarse como una irrupción irregular en el mercado, en determinados casos contraria a las sanas costumbres mercantiles.

Dicho lo anterior, debe la Sala precisar que no es gratuita la inclusión de la prohibición general en un canon independiente, el 7º de la ley 256 de 1996, debido a que subsiste una constante confusión en la que se piensa que es una norma supletoria o residual, dicho de otro modo, que entra a socorrer subsidiariamente a quien no logra probar que su contraparte incurrió en un acto concreto de competencia desleal.

En tal punto debe aclararse que si bien por un tiempo así fueron entendidas las cosas, por lo menos desde las sentencias 22 de 2010 y 5132 de 2012 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio⁸ se matizó el "efecto residual" de la prohibición general, que en ocasiones reinó en el primer lustro del año 2000. En la primera de ellas, se dejó por sentado que la cláusula prevista en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, si bien tenía como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, resultaba una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos con destino a abarcar conductas desleales que no pudieran enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8º a 19 de la citada Ley 256.

⁷ Entendida como la que tiene por objeto asegurar la difusión comercial de prestaciones propias o de un tercero con intención de participar en determinado mercado.

⁸ Cuya Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales es la autoridad por excelencia en estas materias

La decisión subsiguiente analizó un interesante caso donde la demandante alegaba una supuesta imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, pero lo realmente relevante, y que toca con la cláusula general de prohibición, es que la SIC al agotar el estudio de cada uno de las conductas alegadas como desleales (imitación, aprovechamiento de la reputación ajena), abordó el estudio de los cargos a su respecto para considerar que en la mencionada cláusula se contenían parámetros de conducta individual y autónomamente considerados, por lo que el sólo hecho de no haberse acreditado un tipo especial de acto aleve no equivalía a que la prohibición general estuviera llamada a subsumir los hechos de forma residual.

Desde allí se advierten dos consecuencias que las propias providencias sugieren: en primer lugar, puede afirmarse que la evocación de lo contenido en el artículo 7º ibídem, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo específico sancionatorio de conductas desleales. En segunda medida, y bajo el supuesto de un defecto probatorio concreto, resulta conclusivo que dentro de la cláusula general no es procedente incorporar comportamientos específicamente enmarcados en otras normas que las tipifican de forma independiente, cuando los supuestos de estos no resulten probados.

Incluso, desde la sentencia 382 de 2013 el asunto se ve más claro, porque allí la SIC consideró que la cláusula general de prohibición no es una disposición abstracta y, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P, es la parte demandante la que debe probar los supuestos de hecho bajo los cuales sustenta su infracción. En el caso concreto la parte demandante, una sociedad comercializadora de golosinas, demandó a su competidor directo porque estaba vendiendo algunos productos por debajo de los precios de costo. Esa conducta, a juicio de la, SIC no comportaba una deslealtad atendiendo a que realizar tal venta resulta reprochable siempre que el vendedor tenga una posición dominante en el mercado persiga con sus precios fines predatorios. Así las cosas, a falta de prueba sobre la finalidad predatoria y la dominancia del mercado, la autoridad descartó acudir en defecto a la cláusula contenida en el artículo 7º de la ley 256 de 1996, como quiera que esta no puede servir para suplir las deficiencias probatorias del demandante.

De la desviación de clientela y su relación con la libertad de empresa

Por clientela se entiende el "(C)onjunto de los clientes de una persona o de un establecimiento"⁹. Por lo que desde el contenido del artículo 8 de la ley 256 de 1996: "(S)e 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."

En adición, en cuanto a la especificidad del concepto de la clientela desviada, será censurable cualquier "(T)endencia o hábito anormal en el comportamiento"¹⁰ dirigido a manipular de manera fraudulenta el curso de la voluntad del consumidor, orientado a trasladar para sí o tercera persona la utilidad que ha de representar ejecutar el acto de consumo.

Además, la Corte Suprema de Justicia en sede de casación ha considerado desleal la desviación de clientela cuando constituye una

*"(A)busiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo, equívocos, fortuitas, coincidencia de nombres, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonestas, tendiente a atraer una clientela que sin dichas maniobras podría dirigirse a otra persona, también víctima del engaño"*¹¹

Es que la desviación no es un asunto apenas ideal porque este supuesto

*"obliga a que para su tipificación se deba tener referencia concreta del o de los clientes que se pudieran haber desviado o que efectivamente se hayan desviado del demandante hacia el demandado. Desde esta perspectiva, la desviación de la clientela **es más estricta que todos los restantes actos desleales**. Sobre estos no se requiere un efectivo desvío sino una mera potencialidad a que el comportamiento sea susceptible de engañar, confundir, desacreditar, etc. Mientras tanto, la*

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 1995 Exp. 3939. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

*tipificación del acto de desviación de la clientela exige demostrar una desviación concreta o dirigida hacia alguien en particular o, por lo menos, un conjunto determinable de clientes a desviar*¹².

Pero la desviación así sea concreta no es desleal por sí sola, puesto que el mercado es altamente dinámico y los clientes migran hacia las condiciones que les sean más favorables. Es por ello que la desviación de la clientela es un acto **complejo**, lo es porque implica la prueba de varias circunstancias que en sin su concierto impiden la sanción de la conducta. La SIC lo explicó de manera concreta en la sentencia 16 de 2011 cuando precisó que

"(P)ara efectos de acreditar la ocurrencia del presente acto desleal, es imprescindible demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a XXX, se abstuvo, efectiva o potencialmente, de solicitar sus servicios para luego optar por los ofrecidos por XXXX. o por XXXX y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara - o al menos hubiese pretendido hacerlo - clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora."

Además, aprovechó la autoridad en estas materias para rectificar una posición que había sostenido hasta ese entonces, para dejar claro que

"(E)l término "costumbre" no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales como "buenas", o en este caso "sanas"...el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho, sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo costumbre acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como por ejemplo el de las buenas

¹² De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. *Competencia Desleal, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá D.C: Editorial Universidad Externado. p. 53. 2014.

*costumbres o sanas costumbres*¹³ . Tesis que, en adición, fue ratificada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁴”

No es entonces cualquier práctica encaminada a la captación de clientes la que puede ser considerada como un acto de competencia desleal, dado que en la acreditación de la deslealtad deben concurrir elementos de valor que entreguen certeza sobre prácticas deshonestas materializadas a través de publicidad engañosa, fraude en la dirección del mercado, y en general, sobre los elementos que ya se han reseñado como censurados por las buenas costumbres mercantiles.

Por ello, la atención a clientes que requieran del servicio de un ramo comercial común no es por sí sólo constitutivo de competencia desleal, dado que dentro de tal situación debe entenderse la armonía con la libre concurrencia en la competitividad de los mercados, principio traducido en utilidad específica en cuanto a que tal

*"no es otra que incentivar la creación de nuevas empresas que compitan con las establecidas. Aprovechar la experiencia y know how obtenido en una empresa para crear nuevas empresas es, en principio, lícito y acorde con las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos industriales y comerciales y la buena fe comercial, a no ser que este know how tenga derechos de exclusiva como por ejemplo a través de una patente, o se haga violando los secretos empresariales o comerciales"*¹⁵

Dicho esto, no es automáticamente desleal poner en práctica el *Know How* aprendido en determinada organización para atender cierto ramo de negocio desde el ejercicio independiente, pues ese saber consiste en los *"planes, reglas y métodos utilizados en actividades económico-comerciales"*¹⁶, que "(A) su vez se refieren a los factores técnicos o científicos que, combinados de

¹³ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5321 de marzo 23 de 2004 y 10030 de mayo 10 de 2004

¹⁴ Proceso No. 30 - IP - 96. Quito. Ecuador. 12 de septiembre de 1997

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 11090, abril. 29/03

¹⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia de Tutela del 15 de enero de 1993.

cierta manera, permiten una fabricación con resultados específicos y característicos de la empresa industrial que los posee.”¹⁷

Es más, en la sentencia 3300 de 2012 (radicado 05037663) se analizó la relación entre la desviación de la clientela y su tensión con la libertad de empresa, en el caso específico de los exempleados que posteriormente mutan en competencia de su antiguo empleador, aspecto en punto al cual la SIC aprovechó para precisar que esa sola situación no hacía desleal la desviación de la clientela, aunque terminó condenando al demandado porque se probaron actos en sí mismo desleales que hacían irregular y sancionable ese desplazamiento del consumidor, según las siguientes razones:

“(E)n el presente caso se demostró que la conducta de XXXX contrarió los parámetros del principio de buena fe mercantil porque, a pesar de que por regla general no resulta reprobable que uno o más trabajadores o socios, fundados en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa y el derecho al trabajo, constituyan una sociedad con el fin de desarrollar el mismo objeto social de su anterior empleador, ni tampoco se considera impropio el desplazamiento de la clientela de una hacia la otra siguiendo las calidades y cualidades de los fundadores, lo cierto es que en el caso sub lite se demostró la concurrencia de elementos que sí le atribuyen una connotación desleal a la conducta de los demandados, elementos materializados -en resumen- en el aprovechamiento indebido del esfuerzo de un competidor para arrebatarle aquellos clientes que representaban un porcentaje vital para el funcionamiento de su empresa.”

Luego, los actos desleales sancionados, más allá de la simple desviación de la clientela, fueron los siguientes:

- "XXXX al ejercer su derecho a ingresar en el mercado de la asesoría jurídica y técnica en materia de patentes, en lugar de emplear su propio esfuerzo y posicionar su empresa de manera legítima, aprovecharon las inversiones, posicionamiento, organización, contactos, fuerza laboral y

¹⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Tutela T-381 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

activos de XXXXX, llegando incluso a dejar su Departamento de Patentes en un estado casi inoperativo, retrasándolo por - aproximadamente- 10 años. En primer lugar, es preciso destacar que la manera en que XXXX se habilitó para ingresar con éxito al mercado que acá interesa y mantenerse en ese escenario comportó el aprovechamiento de las inversiones y el apoyo que XXX había destinado a su Departamento de Patentes durante más de 3 años, en particular el acceso a diferentes foros nacionales e internacionales, capacitaciones, contactos que generó en el segmento de mercado en el que participan las partes por cuenta de los viajes patrocinados por la actora -en un contexto en que esos viajes eran un elemento indispensable para contactar los clientes debido a que, en un porcentaje considerable, eran extranjeros-.

- El equipo de profesionales que conformó para desarrollar la función asignada al citado departamento, elementos todos que le permitieron a los demandados acceder a clientes actuales y potenciales en un mercado que, debido a su alto grado de especialidad, en principio no es masivo. Sobre este punto debe agregarse que, además que los demandados revirtieron el esfuerzo de XXXX en contra de esta sociedad, contactaron de manera furtiva a los clientes, aparentando estar al servicio de la demandante pero, en realidad, gestionando la desvinculación de clientes vitales que, en últimas, terminó asegurando para efectos de garantizar el éxito de su proyecto empresarial, conducta esta que se torna más reprobable porque, incluso, la manera inoportuna en que Carlos Olarte García y la mayoría de los miembros vinculados al Departamento de Patentes dieron noticia de su decisión impidió a XXXX adoptar medida alguna tendiente a competir, tanto por los clientes que habían sido atraídos de manera clandestina, como por los demás que estuvieran disponibles en el mercado, debido a la inoperatividad con que se abandonó su Departamento de Patentes.

- Los demandados tomaron ventaja del equipo de trabajo que xxxx había colocado a su disposición, aspecto en relación con el cual es preciso indicar que, si bien tales trabajadores tenían derecho a decidir a quién prestaban sus servicios, la mala fe comercial de la demandada se concretó por el contexto del caso, en tanto que tratándose de un

equipo especializado, cuyos miembros subordinados deben ser capacitados durante al menos 6 meses y, en cuanto al director del grupo, se requiere al menos 2 meses para asegurar su arribo a la entidad, el carácter oculto e intempestivo con el que fueron desvinculados impidió a la sociedad demandante, en el corto plazo, adoptar medida alguna para continuar compitiendo de manera eficiente y continua en el mercado

- En tercer lugar, XXXX no solo usufructuó u obtuvo provecho de las inversiones que XXXX había realizado para fortalecer su Departamento de Patentes, inversiones que, paradójicamente, terminaron por inhabilitarla temporalmente para competir de manera eficiente y beneficiando a un competidor incipiente pero sólido, sin que además, después de haber obtenido la fuerza laboral necesaria para operar el negocio y los clientes que demandan el servicio en cuestión, emplearon determinados activos de la actora, como son los títulos de propiedad industrial, con el propósito de mejorar los estándares de atención a los clientes que había obtenido aprovechando el trabajo de XXXXXX"

De la difamación o descrédito

Según el artículo 12 de la ley 256 de 1996

"(E)n concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes."

La doctrina ha considerado que esta particular forma de competencia desleal, orientada a disminuir la reputación de alguien, se configura bajo los siguientes supuestos:

"- La utilización o difusión de aseveraciones incorrectas o falsas;

- *La omisión de indicaciones o aseveraciones verdaderas; y*
- *Cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar;*
- *Dirigido a un tercero*¹⁸

Ahora, el descrédito se configura por objeto o como efecto. "*(E)n cuanto al objeto, este no tiene que ver con la intención de quien realiza la acción, sino con la potencialidad del acto mismo para desacreditar, independientemente de las intenciones que hubiere podido tener quien desacredita, y solo es posible evaluarlo en conjunto con los demás elementos de la conducta*". Como efecto, por su parte, el descrédito se materializa cuando

"efectivamente se haya desacreditado al agente del mercado. Esto implica que la conducta disminuya o afecte el crédito del tercero, que muchas veces se relaciona y concreta con los perjuicios producidos. Así, por ejemplo, un mensaje de amplia circulación con contenido que desacredite la actividad de una persona se vería reflejado en la disminución de sus ventas, la pérdida de una opción para participar en una licitación o el retiro de su actividad profesional (...). Lo importante en estos casos es demostrar la causa-efecto entre el descrédito y los perjuicios"¹⁹

Del daño como elemento esencial de la responsabilidad civil y el perjuicio por lucro cesante

El ordenamiento jurídico colombiano, armonizado con las mayoritarias posiciones jurisprudenciales y doctrinales, han coincidido en que no cualquier daño está sujeto a indemnización. Ello, porque se ha entendido que el "*(D)añ*o civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima"²⁰.

¹⁸ De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. Op.Cit.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá: Legis Editores S.A.S: 2007. T. II. p. 322.

Ahora, no basta con que dicho daño se materialice en cabeza de determinada persona, pues el derecho a indemnización será procedente en caso de que tal menoscabo patrimonial o extrapatrimonial se presente como i) cierto, ii) directo y iii) actual. Todo ello, entendido en punto a que la persona que reclama el monto indemnizatorio debe ser la misma que resultó perjudicada, quien a su vez deberá probar que esa aminoración tiene explicación en un hecho del demandado en modo de consecuencia causal. Presentando lo analizado en criterios que den cuenta de actualidad dañina dentro de un concepto de subsistencia.²¹

Luego, el lucro cesante como todo perjuicio debe tener esas características para ser indemnizable, aún el futuro, que si bien precisamente por serlo escapa a una certeza en términos absolutos, tampoco resulta suficiente la mera posibilidad de que pueda darse. De ahí que esa clase de perjuicio es indemnizable solo si quedan probados objetivamente unos hechos que permitan inferir con certidumbre que tal perjuicio acaecerá.

A este respecto es más que elocuente el siguiente fragmento jurisprudencial tomado de la sentencia de fecha 31 de agosto de 2015 (SC11575-2015, Radicado 11001-31-03-020-2006-00514-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez)

"(E)l lucro cesante, jurídicamente considerado en relación con la responsabilidad extracontractual, es entonces la privación de una ganancia esperada en razón de la ocurrencia del hecho lesivo, o, en palabras de la Corte, "está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho" (CSJ SC de 7 de mayo de 1968).

De la mano con lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han diferenciado el lucro cesante consolidado del futuro. Así, por ejemplo, De Cupis explica en su Teoría General de la Responsabilidad Civil (págs. 320 y s.s.), que

"(P)or daño presente se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el

²¹ *Ibíd.* p. 335,336.

nacimiento de la responsabilidad. Por daño futuro, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción, adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño. El daño emergente puede ser tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir para el lucro cesante [este] tiene por objeto un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que aún no pertenece a una persona al tiempo en que el perjuicio mismo se ha ocasionado. Ahora bien, puede suceder que en el momento en que se juzga el daño la atribución del bien se habría ya verificado de no haber concurrido el hecho dañoso, por lo que, he aquí y ahora, que la situación de perjuicio se exterioriza sensiblemente y el daño puede considerarse como de presente, actual. Valga decir, el acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial se ha realizado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el juicio, por lo que, en el momento de tal juicio, el daño por lucro cesante es actual, presente. Pero puede también suceder que en el momento del juicio aún no se haya producido, por lo que la situación perjudicial no ha devenido apreciable, sensible, y en consecuencia no se está en presencia de un daño actual, sino futuro, y por ello, el juicio recae sobre un daño que es futuro, considerado en relación con el juicio mismo”.

La Sala de forma puntual ha aceptado dicha categorización, señalando en CSJ SC de 28 de agost. de 2013, Rad. 1994-26630-01, que

"Se debe diferenciar el perjuicio denominado actual en contraposición del distinguido como futuro, según el momento en el que se le aprecie, que corresponde, por regla, a la fecha de la sentencia. Aquel equivale al daño efectivamente causado o consolidado y éste al que con certeza o, mejor, con un 'alto grado de probabilidad objetiva' sobre su ocurrencia, según expresión reiterada en la jurisprudencia de la Sala, habrá de producirse. En tratándose del lucro cesante, el actual es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado

*actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará*²².

CASO CONCRETO SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL – REPAROS PRIMERO Y TERCERO –

Precísase en primer orden que las consideraciones antes ofrecidas son algo más extensas de lo que exige el artículo 280 del C.G.P, debido a que en ellas se encuentran las respuestas a los problemas jurídicos planteados, cuyo desarrollo concreto pasa a explicarse.

Los dos reparos en mención se abordan en conjunto porque ambos se orientan a reprochar que el Juez no hubiese acogido las pretensiones de la demanda principal, muy a pesar de que, a juicio de la apelante, estaban acreditados sus presupuestos axiológicos y el Juez así lo hubiese concluido de haber valorado adecuadamente la prueba documental, los interrogatorios de los demandados y *"las respuestas del señor Eduardo Restrepo y de las declaraciones de los testigos Héctor Sánchez y Alejandro Vélez S."* (sic escrito reparos). No obstante, lo primero que debe aclararse es que el reproche vinculado con la indebida valoración del testimonio de Héctor Sánchez no fue sustentado y, por ende, no puede la Sala detenerse en su estudio. Lo mismo sucede, también por falta de sustentación, con el **segundo** reparo otrora introducido ante el Juez de primer grado, presentado como *"(V)aloración probatoria de la respuesta a los oficios 643 a 666 librados por el despacho a solicitud de INDUSTRICOL"*.

Ahora bien, por congruencia es apenas obvio que es la demanda el límite que marca la decisión del Juez y ahora es, en conjunto con la apelación, la base fáctica en la que debe moverse la Sala. Lo anterior se dice porque, francamente, la demanda es sumamente insuficiente en lo que al sustento fáctico de las pretensiones se refiere, pues la demandante allí simple y llanamente afirma que el señor Jorge Mario López, su ex empleado, e IndustriCOL Ltda, emprendieron una campaña desleal para desviar su clientela. No obstante, son pocos los hechos que dan cuenta de las supuestas artimañas, argucias, engaños o confusiones de que los demandados

²² *Ibíd.*

supuestamente se valieron para arrebatarse sus clientes. Es más, debe la Sala partir de un hecho cierto e incontrovertible que conviene aclarar antes de adentrarse en el estudio de la prueba: el argumento según el cual fue la calidad de ex empleado de Induherzig de la que se valió el demandado López para desviar la clientela a su favor es, a lo sumo, predicable únicamente del demandado ingeniero como persona natural, debido a que es apenas de elemental lógica que Industriacol nunca ha sido, no podía serlo, empleada dependiente de la sociedad demandante.

Por otro lado, al inicio de la demanda y en la pretensión concreta se afirma que los clientes efectivamente desviados por los demandados fueron: *"Bavaria, Productos Familia, Grupo Nutresa (que integra actualmente a Productos Alimenticios Zenú SAS, Alimentos Cárnicos SAS, Colcafé, Meals de Colombia, Noel, Nacional de Chocolates), Microplast, Coldeplast, Procter and Gamble, Colanta, Productos Bary, Mineros S.A, Postobón, Federación Nacional de Cafeteros, Casa Luker, Conservas California."* (sic. Fl. 64 pdf 1). Empero, más allá de que una vez Industriacol entró al mercado concurre con la demandante para atender al tiempo a esos clientes, ya en otro apartado del libelo se lee que lo realmente reprochable es el hecho de haber los demandados, especialmente el señor Jorge Mario López, atendido clientes en su favor y de Industriacol cuando todavía estaba vigente el vínculo laboral con la sociedad demandante. Dijo textualmente: *"es el caso de ventas efectivas realizadas en el mes de diciembre de 2009 la sociedad Sabaleta S.A.S de Mineros S.A"* (sic hecho sexto demanda).

Otra recurrente confusión es que en la demanda se afirma por momentos que el mercado deslealmente competido por los demandados es, en general, el de *"venta en Colombia de maquinaria y equipo para el manejo de fluidos"* (incluso a este se limita la pretensión segunda), pero en la apelación y en el hecho primero de la demanda lo narrado es que se trata del mercado **únicamente de bombas industriales, ya no toda la maquinaria y equipo para manejo de fluido**, marcas Waukesha Cherry Burrell, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic y Piuriti, de las que afirmó la demandante ser distribuidor exclusivo.

Como si lo anterior fuera poco, en los fundamentos de derecho de la demanda se dijo que *"(L)a presente demanda se basa en el Ley 256 de 1996"*

específicamente el artículo 7 en cuanto contiene la norma general de conducta en la competencia por el mercado, artículo 8º en cuanto describe las conductas desleales que implican desviación de la clientela y las acciones establecidas en general en la misma ley. Los artículos 2341 a 2359 del C.C. son normas generales que establecen y regulan la procedencia de la responsabilidad civil” (fl. 67 pdf 1). Luego, aunque claramente la calificación jurídica que las partes hagan no ata al Juez por efecto del principio *Iura Novit Curia*, sí constituye un indicativo de la significación jurídica que las partes pretenden darle a los hechos relevantes.

Así las cosas, en escenarios como el descrito, fácilmente cualquier proyecto probatorio puede extraviarse porque no es esperable que el mérito de los medios de convicción alcance para llegar a la meta, la prueba de los elementos axiológicos de la pretensión, cuando la demanda carece de una dirección determinada y un objetivo claro.

De todos modos, debe la Sala adentrarse en el análisis de los reproches que hacen parte de la apelación. El **primer** reparo, como se anunció, sostiene que el Juez pasó por alto el mérito del interrogatorio de los demandados (en el caso de Industricol de su representante legal), de la declaración de Eduardo Restrepo, representante legal de Induherzig S.A y, en cambio, le da al testimonio de Alejandro Vélez un alcance que no tiene porque ese testigo realmente demostraba tener interés en el proceso y una clara animadversión por *"la señora Claudia Mejía gerente administrativa de Induherzig a partir de una consideración del valor de su indemnización a la terminación del contrato."* Además, allí se adujo que el Juez incurría en defecto de valoración probatoria en cuanto a la prueba documental aportada con la demanda y la allegada por el señor Eduardo Restrepo en su interrogatorio. El **tercer** reparo, por su parte, sirvió para que la demandante principal alegara que *"no es leal la conducta desplegada por los demandados para presentarse al mercado y abrirse un espacio en él. El propósito no se discute; se discute la manera de acceder al mercado"*.

En este punto debe precisarse delantadamente que cualquier declaración rendida por el señor Eduardo Restrepo, representante legal de la parte demandante principal, no puede tener efectos desfavorables para los demandados, por lo menos no sin otras pruebas que la acompañen. Lo anterior,

porque está claro y por sabido se calla que nadie puede fabricar su propia prueba, razón por la que confesar supone aceptar hechos "*que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*"(artículo 191 C.G.P). Luego, las declaraciones del señor Restrepo son importantes en la medida que guarden coincidencia con las demás pruebas, en este caso, las documentales aportadas con la demanda y las supuestamente allegadas al momento de rendir su declaración.

Sobre los primeros documentos que obran entre folios 1 y 58 del pdf 1, la Sala advierte que con la demanda se aportaron los certificados de existencia y representación legal de las sociedades aquí comprometidas, una certificación contable sobre el "*rendimiento bruto de Induherzig*" a 31 de diciembre de 2010, un "*análisis de márgenes operacionales de la industria a la cual pertenece*" la demandante, la presentación legal de Industricol que supuestamente informaba a sus clientes por medios publicitarios, la pauta de difusión de esta en la que anunciaba como algunos de sus clientes más importantes a Zenú, Bavaria, Rohm And Hass, Mineros S.A, Bary, P&G, Corona, Prebel y Postobón, entre otros y entre sus productos destacados bombas centrífugas, de impeller flexible, de tornillo, Ansi y de Pistón, sellos mecánicos, y sopladores centrífugos.

Obran además cinco cotizaciones de Industricol, la mayoría de ellas destinadas a Alimentos Cárnicos S.A e Industria Colombiana de Café S.A.S, Productos Familia S.A, una carta dirigida al ingeniero Edwar Vence adscrito a la última sociedad en la que se daba fe sobre la importación legal de la mercancía. Lo demás es un cuadernillo llamado "*B. Prueba documental destinada a establecer el respaldo comercial y técnico con el cual cuenta Induherzig S.A*", y otro llamado "*C. Prueba documental destinada a establecer que Industricol Ltda se presenta ante el mercado abierto por Induherzig S.A*", el cual contiene unas certificaciones de la Federación Nacional de Cafeteros y Productos Familia, en la que se da fe sobre que Induherzig es proveedor de ambas, otra de Nutresa en la que se certifica la provisión de "*bombas Waukeshā, Bombas Yamada y Equipos Sani-Matic para la compañía Inustria de alimentos Zenú S.A.S*"(sic. Fl. 45 pdf 1)

De manera subsiguiente obra una comunicación fechada el 3 de junio de 2011 de Mineros S.A en la que esa sociedad aseguró que Jorge Mario López los

atendía y se presentaba como Ingeniero de Ventas de la demandante, mientras que Familia certifica relaciones con Industricol desde 2010. A esa esa comunicación le sigue el cuadernillo *"D. Prueba documental destinada a establecer el conocimiento previo de los demandados acerca de la calidad de representante exclusivo de Induherzig S.A en el mercado"*, que contiene unas cotizaciones en las que Induherzig se presentó como distribuidora exclusiva de las marcas Yamada América Inc y Waukesha Cherry Burrel.

El cuaderno *"E. Prueba de la presencia en el mercado de Industricol Ltda desde diciembre de 2009"* está compuesto por una certificación de Mineros S.A y Proyecto Sabaletas S.A.S en la que anuncian que con Industricol tienen relaciones comerciales desde el 20 de abril de 2010 y el 11 de diciembre de 2009, respectivamente y que el señor Jorge Mario López ha atendido sus requerimientos.

A su vez, en el interrogatorio de parte rendido por el señor Eduardo Restrepo se aportaron los documentos que obran a folios 57 y siguientes del cuaderno llamado "pruebas demandante reconvención". Es decir, allí se observan certificaciones donde se corrobora que Induherzig para la fecha del interrogatorio (2013) es o era distribuidor autorizado, aunque no exclusivo de Waukesha, más en el caso de Bredel, Yamada y Murzan sí está o estaba para esa época certificado como distribuidor exclusivo por lo menos para el país.

Visto lo anterior, debe recordarse que la demanda contiene varias quejas, a saber: que Industricol y Jorge Mario López: i) desviaron la clientela de la demandante de manera desleal; ii) que ambos entraron al mercado *"anunciándose indistintamente como importadores directos y/o distribuidores autorizados de bombas industriales de marcas cuya distribución exclusiva había sido autorizada a Induherzig"*; iii) que el señor López ya trabajaba a favor de Industricol para momentos en que tenía un vínculo laboral activo con la demandante; y iv) que el mentado ingeniero "sustrajo una información sensible" de Induherzig, de la cual se valió para ganar su mercado.

Comenzando de manera poco ortodoxa por el último punto, valga decir que en la demanda se afirmó de manera genérica que el demandado sustrajo una "información confidencial", mientras que en la apelación se asegura que de esa información se valió para supuestamente desviar la clientela de la demandante

principal. Pese a ello, lo que nunca reveló Induherzig es a qué información se refería, ni los demandados ni el Juez, tampoco la Sala, conocen pormenor alguno sobre la muy mencionada "información". En consecuencia, si por la misma calidad de confidencial fue que la actora decidió guardarse cualquier detalle sobre los datos supuestamente "sustraídos por Jorge Mario López", por esa misma razón es que queda impedida la Sala para juzgar todo reproche al respecto, simple y llanamente porque sin conocer siquiera de qué se trata o cuál era su contenido mal haría en aventurarse un juicio ciego, como lo propone la sociedad apelante, esperando que el Tribunal simplemente crea en su palabra y tome por cierto que se trataba de información sensible y que el demandado en efecto la sustrajo sin su consentimiento.

Por otra parte, los alegatos de conclusión y la apelación en este punto dejan ver que entre todos los datos por cuyo supuesto escamoteo se siente perjudicada Induherzig están los contactos directos de los clientes, lo cual en realidad desconoce que a un empleado le basta tener una mediana memoria que le ayude recordar a qué clientes atendía en su diaria labor, para posteriormente proceder a buscar sus teléfonos, correos electrónicos y demás. Incluso, tratándose de clientes tan importantes como el Grupo Nutresa, Casa Luker, P&G, entre otros, basta con consultar su página web o visitar sus instalaciones para ofrecer los servicios, máxime cuando el señor López era un vendedor conocido. De ahí que la información de contacto de un cliente no es estrictamente confidencial, habida cuenta que esos clientes, a su vez, necesitan publicitarse de manera clara para que el consumidor final adquiriera sus productos.

Los demás cargos concretos de competencia desleal tienen dos caras: la primera vinculada con la desviación de la clientela por actos desleales de los demandados, y especialmente del ingeniero Jorge Mario López por haber hecho negocios a favor suyo y de la codemandada cuando aún era empleado de Induherzig; la segunda, naturalmente, toca con la queja consistente en que a criterio de la actora, Industricol fue desleal al presentarse ante el mercado como importador o distribuidor autorizado de bombas industriales de marcas cuya distribución exclusiva había sido autorizada a Induherzig.

Dígase desde ya que para la Sala la demanda parte de un error fundamental: confundir la competencia por los clientes que integran un ramo de negocio con

su desviación desleal. Son así las cosas porque la demandante presenta como automáticamente irregular el hecho de que su expleado Jorge Mario López sea uno de los socios de una compañía que hoy compite por atender a los mismos consumidores, Industricol Ltda. Recuérdese que, tal como ya se analizó cuando se abordó lo resuelto por la SIC en la sentencia 3300 de 2012 (radicado 05037663), la sola calidad de expleado no es indicativo de competencia desleal, y tampoco lo es el hecho de que los clientes de su antiguo empleador prefieran apoyar el naciente emprendimiento.

Es que alegada la desviación de clientela como acto que requiere prueba compleja o compuesta, lo que correspondía a la parte demandante era acreditar que en efecto antiguos clientes suyos decidieron contratar con la naciente Industricol, pero no sólo eso, porque lo verdaderamente importante para el calificativo de **desleal** es la prueba sobre la forma en que ocurrió la desviación que, en todo caso, debe estar precedida de actos contrarios a *"las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara - o al menos hubiese pretendido hacerlo - clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora"* (sentencia *ibídem*).

En otras palabras, la demanda parte de un hecho – hubo desviación de la clientela- y una conclusión – los demandados fueron desleales al conseguir los clientes para sí -, pero el medio de ambos razonamientos, es decir, el supuesto de hecho cuya prueba desata las consecuencias jurídicas buscadas por Induherzig, la verdad sea dicha, es un espacio completamente vacío porque allí debió afirmarse y luego probarse todo acto emprendido por los demandados contrario a las sanas costumbres mercantiles, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o incluso a los parámetros éticos y morales que en alguna medida rigen en un mercado sanamente competitivo.

Por el contrario, lo único que afirma Induherzig es que los demandados desconocieron su calidad de distribuidor autorizado y exclusivo de algunas marcas de bombas industriales, lo cual supuestamente ocurrió cuando se presentaron ante sus clientes comunes y en general ante el mercado como distribuidores o importadores directos. Ese argumento se encuentra de frente

con dos grandes problemas, cuales son que la calidad de distribuidor exclusivo sólo la puede conceder el titular de la marca distribuida y, por otro lado, incluso esa calidad reconocida y probada no da lugar a una protección absoluta, como si de un monopolio se tratara. Es decir, Induherzig se presenta como distribuidora exclusiva para Colombia de las marcas Waukesha Cherry Burrell, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic y Piuriti, pero recuérdese que ni la propia demandante ha tenido claro si esa exclusividad se predica sólo de las bombas industriales o de todos los productos vendidos a nivel mundial por esas empresas. Además, y aquí está un punto bien importante que merece atención, si fuera cierto que cada una de esas empresas le concedió a la demandante la calidad de distribuidora única, mas aun así le vendía también a Industricol los mismos productos sobre los que otrora le garantizó exclusividad a Induherzig, la Sala estima que ese no es un acto de competencia desleal y, a lo sumo, se estaría ante el incumplimiento del fabricante por quebrantar el pacto de distribución exclusiva con la actora.

En otras palabras, aceptando como cierto el hecho de que Industricol consiguiera que Waukesha Cherry Burrell, Yamada, Murzan, Watson Marlow, Bredel, Equipos Santi Matic y Piuriti le vendiera maquinaria industrial para el manejo de fluidos, muy a pesar de que Induherzig se atribuye la calidad de única autorizada a nivel nacional para venderla, no traduce que aquella sociedad estuviera compitiendo deslealmente con esta, porque es apenas lógico que la maquinaria importada desde esas fábricas para sus clientes en el país salía de las instalaciones mismas de la casa matriz quien, entonces, estaría con ello incumpliendo el supuesto acuerdo que otrora le dio a la actora una posición privilegiada.

Además, si se revisan las pruebas documentales ya reseñadas, especialmente el brochure de la sociedad demandada y el modelo que utiliza para hacer las cotizaciones, en ninguna de ellas se puede ver que se presentara como "exclusiva o única". Por el contrario, lo único que informó la demandada en las cotizaciones de cuya deficiente valoración se queja la demandante, es que tiene o tenía para la época la calidad de importadora directa, claro, de productos de algunas marcas también vendidas por Induherzig, quien en todo caso no tiene protección especial por haber sido la primera en venderlas en el país.

Ahora bien, con respecto a la supuesta ventaja desleal que tomó Jorge Mario López cuando era empleado de la compañía demandante, en el libelo se menciona únicamente un caso puntal, el que se llamó Mineros S.A – Proyecto Sabaleta S.A.S. No obstante, poco o nada se sabe de los pormenores que rodearon ese supuesto negocio irregular. El cuaderno "*E. Prueba de la presencia en el mercado de Industricol Ltda desde diciembre de 2009*" está compuesto por una certificación de Mineros S.A y Proyecto Sabaletas S.A.S en la que anuncian que con Industricol tienen relaciones comerciales desde el 20 de abril de 2010 y el 11 de diciembre de 2009, respectivamente, y que el señor Jorge Mario López ha atendido sus requerimientos. Empero, basta recordar que el demandado fue empleado de Induherzig desde agosto de 2003 hasta el 15 de marzo de 2010 y en la contestación de la demanda sostuvo que ese particular negocio lo hizo con Mineros S.A, pero únicamente en cuanto al transporte de una maquinaria que esa sociedad quería importar de manera directa, es decir, actuó como transportista y no como vendedora.

Incluso, si se analiza el testimonio del entonces jefe de ventas de la sociedad demandante, señor Juan Carlos Pérez Restrepo, se corrobora que lo declarado por él fue que "*en visita realizada a la mina el Zancudo de Titiribí en compañía del Ingeniero Miguel Vallejo de Mineros S.A encontré unas bombas peristálticas, eso fue en agosto de 2010. Estas bombas ... no eran de la marca Bredel que es la que me Induherzig vende a lo cual le pregunté al ingeniero Vallejo y el me confirmó que se las había comprado a Jorge Mario López de Industricol que habían llegado a la mina a comienzos del año 2010 entre enero y febrero*" (pruebas demandada reconvención fl. 3). Eso fue justo lo que contestó el demandado al responder el hecho 7º de la demanda (fl. 111 pdf 1), pues nunca negó que hubiera actuado como agente de carga en esa operación, aunque aclaró que ese cliente en particular ya venía comprando desde 2009 las bombas de manera directa a fabricantes como Bredel y Albin sin intermediación de Induherzig.

Por el contrario, lo que certificó Mineros S.A en oficio que obra a folio 36 de las pruebas de la demandante principal, es que en diciembre de 2009 generó una orden de compra a Industricol para la adquisición de una bomba marca Bredel, es decir, precisamente de la marca que dijo el señor Juan Carlos Pérez no haber visto instalada cuando visitó la mina de esa sociedad en Titiribí en agosto de 2010. Luego, o la cotización de la bomba Bredel no se concretó en

una compra o, en realidad, esa orden consistió en la intermediación para su importación y transporte, como lo alegó la parte demandada. Son así las cosas porque el propio gerente de ventas de la actora cuyo testimonio se acaba de citar dijo no haber visto ninguna bomba de marca Bredel en la mina, más si fue enfático en señalar que algunas "bombas peristálticas" que no hacían parte del portafolio de Induherzig fueron compradas a Industricol, según le informó el "ingeniero Vallejo". En consecuencia, si fuera cierto que Industricol le vendió a Mineros S.A equipos de marca diferente a la manejada habitualmente por la demandante, pues ninguna irregularidad encuentra la Sala en ello porque la consumidora final tenía el mercado abierto para satisfacer sus necesidades.

Ahora, si es que lo comprado por **intermedio** de Industricol fue una bomba marca Bredel, habiendo certificado esta sociedad que en esta región es o era para esa época la demandante su distribuidora exclusiva (fl. 64 pruebas demandante), resultaría ello ser un simple respaldo de lo afirmado por los demandados al contestar la demanda, esto es, que Mineros S.A decidió comprar directamente la bomba e Industricol le sirvió de transportista y agente de importación, porque i) no podía la demandada conseguir una bomba de esa marca ya que la distribución exclusiva estaba confiada a Induherzig; o ii) de haberla conseguido para la venta a terceros, a pesar de la exclusividad de la demandante, insístese, se traduciría ello en un incumplimiento de Bredel ante esta y no en acto de competencia desleal, en tanto que la exclusividad en la distribución debe ser garantizada por el fabricante y no por los demás integrantes del mercado.

Igual situación ocurrió con la sociedad AB Woman, cuyo gerente, señor Gerson Dibey Toro Villa, declaró no conocer a Induherzig y que a Industricol la ocupó en dos ocasiones entre 2009 y 2010, pero sólo para *"los servicios de transporte de carga para una importación de una maquinaria que estábamos necesitando ... conozco a Industricol como empresa de transporte me la referenciaron en el año 2008 para hacer toda la traumatología (sic) y proceso de importación de unas máquinas"* (fl. 32 pruebas parte demandada). Ese testimonio que da cuenta sobre la línea de negocio de Industricol que la diferencia de Induherzig, la de transporte de carga y trámites para importación, encuentra respaldo en los documentos que obran de folios 35 a

71 de ese mismo cuaderno, donde se observan numerosas declaraciones de importación presentadas ante la DIAN.

Finalmente, revisados los interrogatorios de Jorge Mario López y Ana Patricia Castaño Urrego, su cónyuge y representante legal de la codemandada, la Sala no encuentra confesión alguna como la que pretende hacer ver la apelación. La señora Castaño Urrego simplemente afirmó que manejaban habitualmente marcas como Cummis, QPUMS y Albin, y que además comenzó su negocio como agencia de carga porque notó que varios clientes estaban optando por comprar la maquinaria directamente al fabricante. Incluso, sobre Mineros S.A dijo ser ella quien atendía sus requerimientos para diciembre de 2009 y enero de 2010 (fls. 10 y siguientes C pruebas demandante)

El interrogatorio del señor López tampoco deja ver consecuencia siquiera similar a la sugerida en la apelación, pues en su inicio se le preguntó por unas cotizaciones del 22 febrero y 4 de marzo de 2011 que obran a folios 23 y 25 del cuaderno entonces físico, y por otras que militan a folios 43 a 45. Empero, en el caso de las primeras, se trata de cotizaciones muy posteriores a la desvinculación laboral del señor López y, en el de las segundas, son cotizaciones de Induherzig que datan de abril de 2008 y poco aportan al litigio, pues nadie ha negado que esa sociedad atendiera para esa época a diferentes clientes que, como se sabe, después fueron cooptados en parte por los demandados. De ahí en más se le cuestionó en innumerables oportunidades por la forma en que actuó después de su desvinculación laboral, a lo que contestó insistentemente que muchos clientes lo llamaron a pedirle servicios, en otros casos se presentó y los ofreció. También respondió en varias ocasiones que el valor agregado de Industricol es su agencia de carga y que en no pocos eventos la han contratado para la simple importación, como quiera que los fabricantes estaban creciendo en ventas directas a los consumidores finales.

Entonces, francamente, los interrogatorios de los demandados no aportan mayores beneficios para los elementos axiológicos de la pretensión de la demanda principal, habida cuenta que son meramente explicativos de la forma en que inició la operación de Industricol y su crecimiento paulatino hasta ocupar una fuerte posición en el mercado. En otras palabras, recapitulando lo antes dicho, en el medio o tránsito entre el hecho de ser

exemplado de Induherzig y la ganancia de nueva clientela para Industricol, no se probó acto desleal alguno que pueda imputarse a esta o a Jorge Mario López.

Finalmente, con respecto al testimonio del señor Alejandro Vélez SantaCruz (fls. 30 y siguientes C pruebas demandante), lo primero que resalta la Sala es que el hecho de que un testigo esté enterado sobre los motivos de su declaración no es *per se* suficiente para descalificarlo. De hecho, lo que obliga el actual artículo 221. 2 del C.G.P es informar "*sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración*", por lo que resulta algo ilógico pretender que un testigo rinda declaración sin conocimiento alguno de la causa y, entonces, sus opiniones al respecto de si existió o no competencia desleal no hacen parte más que de su declaración espontánea. Es más, ese testigo que ni siquiera fue tachado por motivo alguno, en efecto afirmó que había demandado laboralmente a Induherzig por cuenta de unas diferencias en su liquidación, y es cierta la existencia de afirmación sobre la señora Martha Claudia Mejía, subgerente administrativa de esta, en tanto que a su entender fue ella la que modificó de manera unilateral un acuerdo verbal que tenían porque "para el mamón no hay ley" (sic), luego de que se enteró sobre la competencia que en el mercado estaba ejerciendo Industricol. No obstante, sobre ese hecho nada más se le preguntó y resulta carente de sustento sostener que ese testigo mostró animadversión por la apelante, porque simple y llanamente contó de paso lo que le había sucedido en su época de trabajador.

Por el contrario, y en este punto aprovecha la Sala para abordar el reproche vinculado con la supuesta **inexistencia de prueba para condenar a la demandante principal al pago de los perjuicios extrapatrimoniales**, el señor Vélez Santacruz brindó información de primera mano sobre unas conversaciones que habría tenido Eduardo Restrepo, gerente de la actora, con Juan David Botero y Orlando Zorrilla, quienes estaban como el testigo al servicio de Grancolumbia Gold. Sobre esas conversaciones, en las que el señor Restrepo aseguró que los negocios de Industricol eran "sucios", que estaban muy raros y que las "*bombas no iban a servir*" (fl. 31), hay que decir que en realidad para el testigo no fueron simplemente de oídas porque él mismo manifestó que "*inmediatamente el Ingeniero Juan David Botero me llamó y me hizo el comentario y sin embargo este comentario no causó ningún efecto*

en la empresa, no se quitó el trato comercial con Industricol pero me apuntó que el señor Eduardo tenía mucho resentimiento contra Industricol y que hablaba en una forma despectiva" (fl. 32 declaración). Y fue a él a quien llamaron para contrastar las afirmaciones del señor Restrepo, porque había recomendado otrora contratar con la demandada para un proyecto en la mina "El Silencio", que en efecto se llevó a cabo con Industricol a pesar de que en su momento se cotizaron otros dos proveedores, gracias a que esta manejaba entonces algunos precios competitivos y en su calidad de transportista reducía los tiempos de entrega.

En ese orden, para la Sala la sentencia debe ser confirmada en cuanto a la solución que el primer grado le dio a la demanda principal, lo mismo que ha de ocurrir con respecto a la condena en perjuicios extrapatrimoniales (daño al buen nombre) por argumentos como el que acaba de exponerse, aunado a los siguientes que se abordan en este apartado y no en el relativo a la apelación de la demandante en reconvención, porque allí el reproche se reduce a los perjuicios materiales y la demandante principal se queja, por el contrario, de la condena que el Juez le impuso por los mentados extrapatrimoniales.

Véase entonces que es abundante la prueba sobre las comunicaciones que envió Induherzig a diferentes clientes, no sólo documental sino testimonial y por oficio en la medida que Mineros S.A dijo conocer la carta, lo mismo que Alejandro Vélez Santacruz y obviamente los demás clientes a los que les fue enviada. Entre otros, a folio 4 del cuaderno de pruebas de la demanda de reconvención obra la plurimencionada comunicación escrita²³, con fecha del 26 de mayo de 2011, en la cual, entre otras cosas, se afirmó lo siguiente:

"(L)amentablemente hemos detectado que el Señor Jorge López, abusando de la confianza que se había depositado en él extrajo información confidencial de nuestro negocio y además durante los últimos meses de trabajo en nuestra empresa se dedicó a realizar un trabajo en paralelo para derivar información de las zonas que estaban

²³ Esa comunicación se envió a todos clientes habituales o potenciales de Industricol, entre ellos: Alpina, Bavaria, Casa Luker, Grupo Nutresa, Bimbo, entre otros.

a su cargo para promover e impulsar su propio negocio, Industricol Ltda, aprovechando ilegítimamente la reputación de INDUHERZIG S.A. y el conocimiento que tenía de la clientela atendida.”

(...) En breve nuestro departamento legal estará gestionando las medidas legales pertinentes para poner en conocimiento de la autoridad competente esta conducta calificada por la ley colombiana como desleal por la explotación ilegítima que surge de la usurpación de la reputación ajena con el propósito obvio de desviar la clientela y captar participación en el mercado”.

Además, también se probó que a sociedades como Bavaria S.A, Bimbo S.A y Colcerámica, entre otras, les fue enviado el certificado de existencia y representación legal con la anotación de la medida cautelar decretada en este proceso, lo cual en realidad de manera aislada para la Sala no constituye acto de descrédito alguno porque precisamente los efectos de esas medidas son principalmente de publicidad, amén que cualquier persona o comerciante que la lea se va a enterar de que es una anotación que da cuenta de un pleito apenas preliminar, sin resultado definitivo alguno. Sin embargo, esa información compartida en el contexto en que se hizo, en efecto dio lugar a un descrédito injustificado sobre todo por la comunicación que le antecedió.

Eso mismo no puede decirse de la primera comunicación, la que se envió por fuera del proceso una vez Induherzig se enteró del terreno que estaba ganando Industricol, pues más allá de su “finalidad informativa” lo cierto es que allí se lanzaron al mercado afirmaciones sin respaldo probatorio e inexactas, tales como la relacionada con la supuesta información sustraída por Jorge Mario López, sobre cuya ausencia de prueba la Sala ya se refirió y que, en este punto, en realidad lo que hace es denotar que la competencia desleal, por descrédito, fue llevada a cabo por Induherzig en contra de los demandados iniciales.

Es que se sabe que el descrédito, a diferencia de actos complejos como la desviación de la clientela, comporta toda afirmación inexacta, incompleta o carente de prueba que un competidor haga sobre otro con fines concurrenciales en el mercado, como es este caso. Es decir, comunicar lo que en efecto informó Induherzig sobre Industricol a los clientes comunes y

exclusivos de esta, tuvo por finalidad frenar su crecimiento en el mercado y hacer valer lo que consideraba sus "derechos", mismos que erróneamente quiso imponer a través de vías de hecho como la del descrédito, cuya concreción se perfeccionó con independencia de la intención, porque como acto de competencia desleal se configura por la *"la potencialidad del acto mismo para desacreditar, independientemente de las intenciones que hubiere podido tener quien desacredita, y solo es posible evaluarlo en conjunto con los demás elementos de la conducta"*²⁴

En consecuencia, una cosa es que el descrédito ocasione o no disminución en las ventas de la sociedad víctima, a lo que se referirá la Sala cuando aborde la apelación tocante con la demanda de reconvención, y otra bien diferente es que *per se* es la base de un perjuicio cierto, directo y personal: el daño al buen nombre. Lo dicho es así, acompañando la posición del *a-quo* y la postura de la sentencia de Casación del 5 de agosto de 2015 (radicado 2003-00660), porque el perjuicio al buen nombre se concreta cuando se vulnera la prerrogativa fundamental que asiste a toda persona, claro que con mayor intensidad en el caso de los comerciantes que viven y desarrollan su actividad comercial con base en su reputación.

No se requiere, por tanto, consecuencia alguna adicional para disponer indemnización por ese concepto, porque el interés jurídico protegido es *"la garantía fundamental"* a no ser deshonrado y a disfrutar del buen nombre, no sólo del que se tiene por el hecho de ser persona sino del que se ha construido con esfuerzo en determinado sector del mercado. Por ejemplo, hay casos de grandes sociedades o comerciantes exitosos en los que el nombre puede tener mayor valor que algunos de sus activos, y obviamente el ordenamiento jurídico les protege ese derecho inmaterial a conservar su nombre sin mancha.

CASO CONCRETO SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN – REPAROS PRIMERO Y SEGUNDO –

Esos reparos se abordan de manera conjunta porque tienen un propósito común: que la demandada en reconvención sea condenada al pago de los perjuicios patrimoniales, en la forma que fueron solicitados en la demanda.

²⁴ *Ibíd.*

Concretamente, ambos reproches se basan en que supuestamente quedaron probados los hechos 24 y 25 del escrito introductorio, los cuales son del siguiente tenor:

"24. Perjuicios patrimoniales derivados de la difamación. Como consecuencia de la difamación imputable a InduHerzig, algunos clientes han desistido de contratar con Industricol Ltda. para que haga las labores de intermediación en la compra de maquinaria industrial, con lo cual se ha generado una pérdida de ingresos y el consiguiente lucro cesante.

25. Compañías que desecharon a Industricol Ltda como intermediario para la adquisición de maquinaria. Varias compañías del denominado Grupo Nutresa, a saber, (Industrias Zenú, Industria Colombiana de Café S.A.S., Meals de Colombia S.A.S, Compañía Nacional de Chocolates S.A.S.) dejaron de considerar a Industricol Ltda como intermediario al momento de adquirir su maquinaria industrial (bombas de fluidos) a partir de mayo de 2011 y como consecuencia directa de la carta difamatoria que recibieron de InduHerzig y así seguirá ocurriendo hasta que se rectifique la difamación. Este perjuicio, constitutivo de un lucro cesante para Industricol Ltda, será probado en el proceso.

El perito determinará el valor de compra de la maquinaria (bombas de fluidos) que hicieron esas compañías a partir del año 2011 y hasta que cese el efecto de la difamación con la sentencia, y con base en los porcentajes de utilidad de Industricol Ltda. determinará el valor del lucro cesante sufrido por Industricol Ltda.

En caso de dificultad para cuantificar este perjuicio, se solicita al juez determinarlo, con el apoyo del dictamen pericial, con base en criterios aproximativos y de equidad." (sic escrito apelación)

La prueba de esos supuestos fácticos, según los apelantes, no se puede encontrar en el peritaje presentado por la señora Claudia Ramírez, sino en el rendido por Pascual Julio Henao, especialmente porque este experto i) "precisó que su cálculo se referiría a bombas de fluidos de marcas Waukesha,

Bredel, Watson-Marlow y Yamada, que son aquellas sobre las cuales Induherzig afirma que era distribuidor único o exclusivo (pág. 14 del dictamen); y ii) "precisó que el cálculo se haría en relación con las empresas que recibieron el comunicado difamatorio: Grupo Nutresa (empresas a las cuales se refirió el hecho 25 de la demanda de reconvención), Familia S.A. y Mineros S.A. (pág. 14 del dictamen).

Partiendo de esos supuestos, el experto de cuyo concepto se sirve la apelación determinó que antes de la carta difamatoria del 30 de mayo de 2011 "Industricol vendió bombas marca Waukesha a las empresas del grupo Nutresa y a Colcafé por valor de \$168.900.362,00, y que Induherzig vendió en ese mismo período al Grupo Nutresa, Mineros y Familia S.A., bombas por valor de \$202.766.667,00.". No obstante, después de la mentada carta enviada por Induherzig a los integrantes del mercado "Industricol no vendió equipos de marcas Waukesha, Bredel, Watson-Marlow y Yamada a las empresas del Grupo Nutresa, ni a Mineros S.A., ni a Familia S.A. (empresas que recibieron la carta difamatoria), mientras que en el mismo período, Induherzig sí vendió bombas de esas mismas marcas a esas empresas así (nótese que las ventas de Industricol son CERO):" (sic escrito reparos).

Por tanto, como el estimativo de las ventas de la demandante en reconvención con respecto a la demandada entre abril de 2010 y mayo de 2011 fue de 83.3%, "el valor de las ventas perdidas (\$73.191.693,00) fue actualizado con el interés bancario corriente (que ascendía para la fecha del dictamen a una suma adicional de \$62.819.687,00), lo que arrojó la suma de \$136.011.380,00"

En tal panorama para la Sala surge un primer y transversal asunto que impide acceder a la apelación en este punto: la prueba de la **causación del perjuicio**. Nótese que sobre su cuantía conceptuaron varios peritos, sobre esa misma cuantía y la forma de determinarla versaron aclaraciones, adiciones e incluso una objeción por error grave que demoró en exceso la solución de este litigio. No obstante, ni Pascual Julio Henao, ni Claudia Ramírez tienen el conocimiento suficiente como para dar por probado que el perjuicio patrimonial se causó, como quiera que su labor consistió en calcular el valor del perjuicio que debía probar la parte demandante. Por demás, cualquier consideración que hicieran al respecto no podría siquiera ser valorada, porque

en su calidad de peritos ninguna información sobre las consecuencias del descrédito podían o debían proporcionar.

En consecuencia, que el señor Henao partiera del hecho que a su juicio era cierto y probado, la causación del lucro cesante, no se traduce de manera automática en que ello sea así. Es más, se insiste, su dictamen es meramente contable y de cálculo del lucro, por lo que al basarse la apelación en el mismo para fundar la existencia del perjuicio termina cayendo en un vacío, cual es que por muy bien estimada que esté la cuantía del lucro, se extraña todo argumento orientado a establecer su existencia porque la apelación no se basa más que en esa experticia, misma en la que no puede encontrarse la prueba de los hechos de la demanda en que se basó la pretensión.

Dicho de otro modo, la prueba de la cuantía del perjuicio no se puede confundir con la de su existencia, pues conforme se dijo en la regla de derecho lo importante en estos eventos es probar la causalidad entre el perjuicio material y el acto de descrédito, porque en materia de extrapatrimonial, más precisamente del buen nombre, el descrédito es el perjuicio mismo cuando queda probado que se trató de informaciones inexactas, incompletas o carentes de prueba.

Argumento adicional, por demás contundente para no acceder a la apelación orientada al reconocimiento del perjuicio patrimonial, es que el perito limitó su labor a la supuesta falta de ventas de bombas marca Bredel, Watson-Marlow y Yamada, en las que según la prueba documental Induherzig ostentaba una posición mucho más ventajosa que Industricol, pues a folio 63 del cuaderno llamado "*pruebas demandante reconvención*" obran certificaciones donde se corrobora que Induherzig es o era para entonces distribuidor autorizado, aunque no exclusivo de Waukesha, más en el caso de Bredel, Yamada y Murzan sí está o estaba para esa época certificado como distribuidor exclusivo por lo menos para el país. Luego, si bien ese sólo hecho no significó para la Sala un comportamiento desleal de los aquí demandantes en reconvención porque consiguieron captar clientes para esas marcas, y a su vez estas por el motivo que sea les proporcionaron la maquinaria, visto desde la óptica de los perjuicios reclamados vía reconvención sí resulta ser un argumento a favor de Induherzig, en tanto que muchos consumidores

podieron preferirlos en su calidad de certificados o autorizados por la casa matriz.

Es lo mismo que ocurrió, y por ende debe aplicarse el mismo razonamiento, cuando Industricol comenzó a ganar terreno en el mercado gracias a sus precios competitivos, atención al cliente y, sobre todo, al plus que le daba su calidad de agente de carga e importación. Es decir, juzgar que los clientes prefirieran a Induherzig sobre Induscritcol a la hora de adquirir productos de esas marcas, sería ir en contravía de los principios de libre competencia y libertad de elección del consumidor, sobre los que esta sentencia cimentó la absolución de los demandados en cuanto a los cargos de la demanda principal.

En adición, por citar un ejemplo, el mismo señor Alejandro Vélez afirmó que la "carta difamatoria" realmente no había disminuido la confianza de "Grancolumbia Gold" (sic) en Industricol, lo cual es un indicativo que por lo menos en ese caso las ventas o contratos no disminuyeron, como quiera que en un mercado tan cambiante y competitivo es absolutamente impredecible, por demás insostenible, afirmar que las ventas van a permanecer estables en determinado período. En igual sentido declaró el señor Julián Castañeda quien incluso indicó que Industricol era el proveedor de un buen servicio de transporte de carga e Induherzig su proveedora de "unas bombas marca Yamada", como quiera que al respecto de la información recibida de ambas empresas y su impacto en las relaciones comerciales declaró que *"las comunicaciones que me han enviado ambas empresas hacen relación a su portafolio de servicios que comercialmente no ha afectado mi relación comercial y negocios con ambas que son totalmente distintos"* (fls. 29-30 pruebas parte demandada)

Por otro lado, para la Sala resulta cuando menos curioso que la apelación se limite en este punto a citar los dictámenes periciales y poco sobre la restante prueba mencione, a sabiendas que la prueba del daño debe dar cuenta de sus características: cierto, personal y directo, de todo lo cual no se puede obtener certeza únicamente con un dictamen, el de Pascual Julio Henao, que es netamente contable.

Finalmente, ante tal deficiencia probatoria no procede siquiera acudir a los llamados Restatements del American Law Institute de Estados Unidos citados

en la apelación, pues en la sustentación misma se afirma que a ellos han acudido algunas autoridades extranjeras *"cuando el demandado expuso al demandante negligentemente a un riesgo de daño y no sea posible establecer que el demandado efectivamente fue la causa de ese daño (por existir otras posibles causas aptas para causarlo)"*, caso en el cual *"es adecuado invertir la carga de la prueba y es el demandado quien debe demostrar que no causó el daño"*.

Lo anterior, porque el ordenamiento procesal vigente sí prevé en una norma expresa cuándo procede la inversión de la carga probatoria, por lo que mal se haría en acudir a supletorias habida cuenta que el artículo 167 del C.G.P (aplicable para este proceso desde el 1º de enero de 2016) indica claramente los momentos procesales en los que esa carga puede trasladarse por solicitud de las partes o, en su defecto, en los que el Juez puede aplicarla de oficio, a saber:

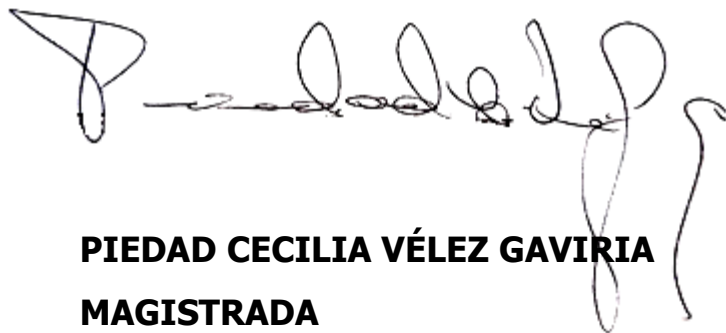
*"según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, **durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.** La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares."*

De modo que el recurso de apelación no es el escenario para alegar hechos que podían y debían afirmarse en la demanda de reconvención, en la contestación a la principal o en las demás oportunidades propias de la primera instancia, y mucho menos para hacer solicitudes que por descuido, olvido o, por cualquier motivo, las partes dejaron de hacer en el momento procesal que la ley tiene previsto, tales como el acogimiento de una inversión tardía de la carga probatoria ordinaria.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de procedencia y fecha indicadas. Sin costas en esta instancia por el fracaso de ambos recursos.

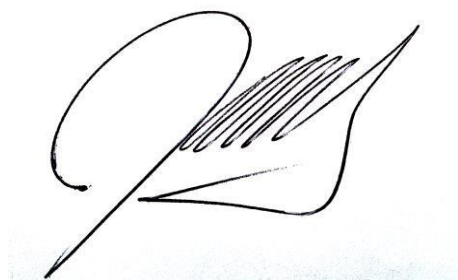
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 017 2011 00608 01

Firmado Por:

**Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5cc858752525fc08619407c84fd8a49c41ba8b3834b04bc767b7d70f2d7efb0a**

Documento generado en 06/12/2021 03:38:00 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>