



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES**

Bogotá D.C., 21 DE JUNIO DE 2022

Sentencia número 6487

Proceso de Competencia Desleal

Radicación: 19-263458

Demandante: LUDESA DE COLOMBIA S.A.S. EN REORGANIZACIÓN

Demandado: PRIMAX COLOMBIA S.A. y ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

Se procede a dictar sentencia anticipada en el presente asunto, partiendo para ello de lo señalado en el numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso de acuerdo con el cual: “*en cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos: (...) 3. Cuando se encuentra probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la legitimación en la causa*”. Lo anterior, sobre la base de los argumentos que se expondrán a lo largo de la presente providencia. Téngase en cuenta además que la presente sentencia se dicta por escrito puesto que el proceso aún no ha pasado a la etapa de práctica de audiencias.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda reformada

Manifestó la parte demandante que entre LUDESA y EXXONMOBIL existe una relación que se extiende por más de 50 años, la cual inició desde el año 1962 y con el paso de los años se consolidó con la participación de diferentes personas naturales o jurídicas que permitieron nutrir el vínculo entre las mismas. En igual sentido, resaltó que desde el año 1996, con ocasión de la celebración del contrato de agencia mercantil verbal entre EXXONMOBIL y LUBRICANTES DEL SUR LTDA. se ratificó un vínculo de exclusividad en la distribución de la marca Móbil.

Indicó que el día primero de noviembre de 2013 se celebró un nuevo contrato de distribución, con una vigencia de 3 años, incluyendo un otrosí, que extendió la vigencia del mismo hasta el día 30 de noviembre de 2016. Que por cuenta de la expectativa de fusión entre EXXONMOBIL y la ORGANIZACIÓN TERPEL, se hizo una nueva prórroga por 6 meses adicionales, es decir, hasta el 31 de mayo de 2017.

Señaló que al término de la vigencia del contrato anterior, el día 31 de mayo de 2017 se remitió correo por parte de EXXONMOBIL adjuntando un nuevo contrato, con una vigencia de 6 meses a partir del 1 de junio de 2017. Finalmente, la demandada notificó la terminación del contrato de distribución a partir del 30 de noviembre de 2017, acto que consideró el demandante como desleal, por cuanto la inversión por crecer por parte de LUDESA fueron demasiado grandes, lo que derivó en una expectativa legítima de duración del vínculo contractual.

Por otro lado, adujo LUDESA que a pesar de los buenos resultados obtenidos, a partir del año 2015, EXXONMOBIL de manera progresiva y sistemática modificó las condiciones de la comercialización de su producto, sometiendo a la demandante a una gravosa variación de las reglas comerciales mediante la imposición de cambios que se opusieron a la mecánica de la operación tradicional. Dentro de esas modificaciones se encontraba el retiro de reconocimientos por volumen de ventas, alzas en los precios en los productos materia de distribución, y la autorización a los concesionarios OEMs como

grandes clientes para ofrecer en el mercado los lubricantes identificados con la marca Móbil.

Precisó que ante la grave situación, durante el curso del año 2016 LUDESA se vio en la necesidad de negociar un acuerdo de pago con EXXONMOBIL. Que a finales de 2016 la demandada de manera unilateral decidió reducir el cupo crédito de USD2.500.000 a USD1.700.000, lo anterior pese a contar con una garantía hipotecaria idónea para satisfacer las obligaciones de quien acciona, situación que conllevó a que a partir del mes de noviembre de 2016 se empezara a renovar el contrato por un periodo de solo 6 meses.

Indicó que el 27 de diciembre de 2016 las sociedades EXXONMOBIL y TERPEL informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de realizar una operación de concentración con efectos en el mercado colombiano. Pero que previo a ello, el primero de noviembre de 2016 EXXONMOBIL supeditó la renovación del contrato suscrito en noviembre de 2016 a una capitalización de la demandante por la suma de COP3.000.000.000, esfuerzo que se vio reflejado el 18 de enero de 2017.

Que a pesar de lo anterior y dado el cúmulo de malas noticias y alteraciones en perjuicio de la operación de LUDESA, se avocó a la compañía a radicar el día 28 de febrero de 2017 solicitud de trámite de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, siendo admitida mediante Auto No. 400-008214 del 8 de mayo de 2017.

Manifestó que el 25 de octubre de 2017 EXXONMOBIL comunicó por escrito su decisión de no renovar el contrato de distribución, por lo que el mismo se debía entender terminado el 30 de noviembre de 2017, lo anterior producto de la estrategia planeada por las sociedades EXXONMOBIL y TERPEL.

Finalmente, que como evidencia del actuar desleal, la estrategia planteada por ambas compañías demandadas se intensificó faltando pocos días para radicar ante la Superintendencia de Industria y Comercio la solicitud de aprobación de la operación de concentración, por lo que al quedar exteriorizada la voluntad de las demandadas de celebrar dicha operación el 27 de diciembre de 2016 se presentó un aumento en el precio del producto a distribuir de 8 veces, se disminuyó el margen de rentabilidad de LUDESA y se produjo la extraña y atípica renovación del contrato por apenas 6 meses.

2. La contestación de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

Dentro del término de traslado, la parte accionada procedió a resaltar el desconocimiento frente a los hechos planteados por LUDESA al considerarse ajeno a los mismos, por un lado, porque TERPEL solo asumió el control del negocio de lubricantes Móbil el día 3 de junio de 2018, fecha para la cual la sociedad demandante no hacía parte de la red de distribuidores de la marca, por lo que todos los hechos anteriores a esa fecha, no cuentan con la participación de dicha persona jurídica.

Así mismo, precisó que el diseño del esquema de distribución del negocio de lubricantes de TERPEL comenzó a concebirse tan pronto se tomó control sobre el negocio de EXXONMOBIL y no antes. Que la escogencia del modelo de distribución tomó meses y varios programas piloto que se desarrollaron a principios de 2019.

Indicó que entre agosto y septiembre de 2018 TERPEL conformó un grupo de profesionales que estructuraron las nuevas necesidades de la red de distribución de lubricantes, entre octubre y diciembre de ese mismo año se llevaron a cabo visitas de campo para seleccionar dos distribuidores, uno antiguo de la marca Móbil y otro de la

antigua red de distribución de Terpel. Para abril de 2019 TERPEL remitió sendas cartas de invitación a 19 agentes de la nueva red de distribución y cartas de terminación anticipada de los contratos de distribución vigentes en ese momento, y en julio de 2019 comenzó la operación de la nueva red de distribución.

manifestó que, a su juicio, no era posible que LUDESA tuviese una relación de más de 50 años con EXXONMOBIL, más aún si se tiene en cuenta que LUDESA solo se constituyó hasta el 11 de septiembre de 2013, así como que tampoco puede considerarse que la comunicación del 20 de octubre de 2017 por parte de EXXONMOBIL diera por terminado el contrato de distribución, sino que, simplemente se le notificó la intención de no prorrogarlo tras su terminación por vencimiento del plazo pactado.

TERPEL enfatizó en que nunca condicionó la existencia de la relación contractual entre LUDESA y EXXONMOBIL, al desconocer los detalles de la misma, pues el acceso a la información frene al manejo del negocio por parte de EXXONMOBIL solo se dio con posterioridad al 15 de febrero de 2018, cuando mediante Resolución No. 9915 la Superintendencia de Industria y Comercio autorizó la integración.

En cuanto al hecho 3.5.2, solicitó se tenga por confeso en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso, relacionado con que las supuestas modificaciones de la relación contractual entre LUDESA y EXXONMOBIL comenzaron en el año 2015, fecha para la cual entre TERPEL y EXXONMOBIL no se tenía intención alguna de llevar a cabo la operación de integración en el mercado de lubricantes, la cual solo se manifestó hasta el 27 de diciembre de 2016, y como consecuencia de SPA celebrado entre las casas matrices de las demandadas. En esa medida, las supuestas desmejoras en las condiciones comerciales de LUDESA comenzaron a ocurrir en 2015 y empeoró en 2016, cronología que hace insostenible la tesis de que TERPEL planeó una estrategia gradual para sacar del mercado a la parte demandante.

Con todo lo anterior, encontró oportuno la parte oponerse a la prosperidad de las pretensiones.

3. La contestación de PRIMAX COLOMBIA S.A. antes EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.

Por su parte, la sociedad PRIMAX dentro del escrito de contestación se aclaró que la controversia fue planteada por LUDESA DE COLOMBIA S.A.S., persona jurídica constituida mediante escritura pública No. 2957, por lo que no es posible referirse a los hechos presentados frente a las sociedades CASAMOTOR S.A.S. antes LUBRICANTES DEL SUR LTDA., por ÁLVARO GÓMEZ PRADA Y CÍA LTDA., por MANTILLA OCHOA Y CÍA LTDA., LUBRICANTES DEL ORIENTE S.A.S. y demás sociedades mencionadas por LUDESA en el capítulo 3.2 de los hechos de la demanda.

Así mismo, precisó que la supuesta modificación progresiva y sistemática de los términos del contrato de forma gravosa no tiene sustento. Para ello, en primera instancia indicó que durante muchos periodos LUDESA presentó déficit en el cumplimiento de las metas de compras acordadas, incurrió en mora en el pago de múltiples compras que le hizo a EXXONMOBIL, a punto tal que su deuda tan solo con esta compañía, con corte a 2017 ascendía a COP3.107.962.182, tuvo problemas de desabastecimiento que llevaron a sus clientes a buscar otros distribuidores, entre otros inconvenientes; y que a pesar de ello, EXXONMOBIL ofreció, en múltiples circunstancias, paliativos y ayudas que le permitieran superar la crisis.

Frente a la estrategia desleal planteada por LUDESA, indicó PRIMAX que para el 2015 aún no existía la intención de compra a EXXONMOBIL el negocio de lubricantes por parte de TERPEL, fue solo hasta el 27 de diciembre de 2016 que se notificó a la SIC sobre la intención de realizar una operación de integración, la cual solo fue aprobada hasta el 15 de marzo de 2018. Así pues, la integración ocurrió mucho después de que el contrato de distribución entre EXXONMOBIL y LUDESA hubiese terminado por acaecimiento del plazo convenido entre ellas.

Indicó que desde 2015 EXXONMOBIL ya venía haciendo explícito a LUDESA su preocupación por la forma en la que se estaba ejecutando la relación de distribución. A parte de ello, dada la magnitud de la transacción que se llevó a cabo sobre el negocio de combustibles y lubricantes que el grupo EXXONMOBIL tenía en Colombia, Perú y Ecuador, lo último que EXXONMOBIL iba a hacer era condicionar o aceptar el condicionamiento consistente en la exclusión de un distribuidor de lubricantes.

Lo que respecta a los hechos, indicó que LUDESA COLOMBIA S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y LUBRICANTES DEL SUR LTDA. son dos sociedades distintas, independientes y con su propia personería jurídica, fecha de constitución que se remonta al 11 de septiembre de 2013, siendo en consecuencia falso que se hubiera suscrito un contrato de distribución o de cualquier tipo en el año 1996.

Frente al hecho dentro del cual se hizo referencia a prebendas y estrategias a las que supuestamente solo podían acceder los distribuidores de mayor tamaño, indicó que alrededor de 2003 EXXON y MOBIL se fusionaron a nivel internacional para crear EXXONMOBIL, quien con la intención de fortalecer su red de distribución presentó planes de robustecimiento y profesionalización de sus distribuidores, planes encaminados para grandes y pequeños distribuidores.

Precisó que la existencia de tales incentivos para aumentar el volumen de ventas de lubricantes Mobil, no implicaba que LUDESA actuara por cuenta o instrucción de EXXONMOBIL. En esa instancia, lo cierto es que LUDESA frente a la estrategia de consolidación en el mercado, actuó por cuenta propia, bajo esquemas de compra para la reventa, en virtud de los cuales definía autónomamente el precio de reventa de los lubricantes, las promociones o créditos que otorgaba a sus clientes, aunado a lo cual asumía el riesgo de inventario y cartera.

En cuanto a los programas e incentivos, por parte de la demandada se hizo una relación de los mismos, y a los cuales resultaban de libre y voluntaria adhesión según su decir: i) Club de la excelencia (COE), vigente entre 2008 y 2016; ii) Club del millón de galones, vigente entre 2003 y 2013; iii) SPA (Special Price Agreement); iv) MAP (Marketing Assistance Program); y v) BDF (Brand Distributor Funds). Incentivos a través de los cuales EXXONMOBIL no buscaba sacar del mercado a distribuidores pequeños.

Por otro lado, reconoció que durante el curso de la relación contractual se exigía el respeto a su imagen institucional por parte de los distribuidores y que, en tal virtud, impartían instrucciones para preservarla, dado el interés legítimo en la forma como sus productos estaban siendo comercializados por la red de distribuidores, con el fin de proteger el estándar de calidad y servicio de todos sus productos, y para ello se sostenían periódicamente reuniones con los distribuidores y se les brindaba capacitaciones para el uso del producto, pautas y lineamientos generales.

En cuanto a los hechos que se refieren a la fijación del precio, EXXONMOBIL precisó que cada distribuidor era quien fijaba el precio a sus clientes, como se desprende de la

literalidad del contrato de distribución, y si bien se presentaba una lista de precios sugeridos para la venta al público, esta se actualizaba en cualquier momento del año, aspecto que dependía del comportamiento de los costos y de la tasa de cambio.

Aclaró que cada uno de los contratos suscritos por EXXONMOBIL y LUDESA fueron discutidos y revisado por sus abogados y el equipo designado por cada uno de los distribuidores al interior de la compañía, celebrándose el primer contrato en noviembre de 2013. Indicó además que no es cierto que se haya celebrado un nuevo contrato como lo quiere hacer ver LUDESA con su recuento de las relaciones contractuales entre EXXONMOBIL y CASAMOTOR, al ser estas personas jurídicas completamente independientes.

Frente a la adquisición de la sociedad TERPEL de la línea de lubricantes Mobil, precisó que se surtió hasta el 3 de julio de 2018, tiempo después de que el contrato entre LUDESA y EXXONMOBIL terminara por expiración del plazo contractual, y que la SIC apenas aprobó la operación de integración en el mercado de lubricantes el 15 de febrero de 2018, antes de esa fecha TERPEL no tenía control y mucho menos se encontraba involucrado en el negocio de EXXONMOBIL, solo teniendo acceso por primera vez y después de firmar acuerdo de confidencialidad, el día 21 de marzo de 2018.

Adujo que la prórroga del contrato se dio por sugerencia de LUDESA y no por imposición remitiéndose a los términos de la comunicación del 26 de mayo de 2017 donde se comunicó que LUDESA había sido admitida en el proceso de reorganización.

Reconoció como cierto el hecho de que el día 20 de octubre de 2017 se comunicó *“De acuerdo con lo establecido en la cláusula 1.4 del contrato de distribución de lubricantes suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A y LUDESA DE COLOMBIA S.A.S., la vigencia del mismo vence el próximo 30 de noviembre de 2017. (...) Por medio de la presente notificamos que EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. no prorrogará la vigencia del contrato al vencimiento del mismo y por lo tanto el contrato terminará el día 30 de noviembre de 2017.”*, terminación de la cual, según la parte, se venía hablando de tiempo atrás.

En cuanto a la tesis encaminada a establecer que entre TERPEL y EXXONMOBIL se creó una estrategia para sacar a LUDESA del mercado, indicó que es totalmente infundada, que por el contrario, su intención era que la situación de LUDESA mejorara, pues en la medida en que estuviera en buenas condiciones financieras, mayor sería su capacidad de compra. Dentro de las medidas para mejorar la situación de LUDESA, adujo que en comunicación del 18 de diciembre de 2015 EXXONMOBIL manifestó su apoyo financiero a través de SPAs, MPAs y BDFs que sumaban más de COP 5.600.000.000, que en comunicación del 25 de julio de 2016 EXXONMOBIL hizo un recuento de las ayudas suministradas a LUDESA, y no obstante seguir existiendo importantes obligaciones pendientes de pago por parte de LUDESA, la demandada concluyó reiterando su incansable ánimo de colaboración mediante el refinanciamiento de la deuda. El 29 de julio de 2016 EXXONMOBIL informó a LUDESA de un descuento táctico, que tenía como propósito aliviar su flujo de caja. El 28 de octubre de 2016 EXXONMOBIL comunicó a LUDESA sobre su nivel de endeudamiento, así como las ayudas otorgadas y reiteró el ánimo de colaboración, ayudas que fueron objeto de agradecimiento en múltiples oportunidades a EXXONMOBIL, y remitió a la lectura de la comunicación del 29 de diciembre de 2015.

Indicó que las variaciones que EXXONMOBIL implementaba respecto de sus programas de bonificaciones eran aplicadas de forma unificada, y sin distinción, a toda la red de

distribuidores, quienes, salvo LUDESA, pudieron seguir teniendo operaciones rentables, por lo que resultaba claro que dichas modificaciones no eran la causa de los malos resultados obtenidos por la demandante.

Indicó que algunas de las alzas en los precios obedecieron a las necesidades de reestablecer sus valores luego de una fuerte disminución que EXXONMOBIL se vio obligada a efectuar para contrarrestar los efectos derivados de ciertas variaciones en la TRM. Así mismo que se realizaron descuentos para aliviar los precios de los lubricantes para vehículos pesados, según se desprende de la comunicación del 30 de marzo de 2017, que luego, para restablecer las condiciones normales de precios, supusieron su aumento.

Señaló que en cuanto a la participación en el mercado de los fabricantes de equipos originales (OEM), desde la celebración del contrato en 2013 se previó la posibilidad de que existieran contratos de suministro con los mismos, quienes, a su turno, podía tener acuerdos con sus propios concesionarios, tal como ocurría, entre otros, con el caso de NAVITRANS, quien tenía la representación en Colombia de una marca de vehículos pesados. En igual medida, eran los concesionarios quienes de manera independiente determinan el precio final al que revenden los lubricantes a sus clientes. Es así que, si un concesionario, por estrategia de mercado, decide vender a menor precio el lubricante, tal decisión no es atribuible a EXXONMOBIL.

Adujo que la difícil situación económica de LUDESA obedeció a decisiones de los socios, que la llevó a asumir importantes pasivos que no fue capaz de atender, los cuales ascendían a COP 35.000.000.000, y se remite para ello a la comunicación de octubre de 2016.

Señaló que, dada la situación de la demandante, muchos de los clientes de LUDESA tomaron la determinación de acudir a otros canales, no por circunstancias atribuibles a EXXONMOBIL o los supuestos deterioros en las condiciones de precio de las que se queja la demandante, sino por causas atribuibles a LUDESA, quien presentaba problemas de desabastecimiento y mala atención a clientes.

Frente a la disminución del cupo crédito, reconoció que se dio en 4 oportunidades durante la relación con LUDESA, en función a los criterios que siempre fueron empleados por EXXONMOBIL con sus distribuidores: i) la adquisición de más o menos volumen del inicialmente proyectado; ii) la variación en las condiciones de plazo de pago; y iii) la necesidad de controlar el riesgo de cartera en consideración al comportamiento que en ese frente tenga el distribuidor. Durante 2017 la mora de LUDESA ascendía a COP 3.107.962.182, situación de impago que determinó la reducción del cupo crédito, y si bien se había otorgado una hipoteca como garantía para el pago de las obligaciones, ello no implicaba que EXXONMOBIL estuviera indefinidamente obligada a conceder dicho beneficio.

Indicó que el 1 de noviembre de 2016 EXXONMOBIL manifestó a LUDESA su voluntad de prorrogar el contrato por 6 meses más, contados a partir del 1 de diciembre de 2016, esperando que dentro de dicho plazo el distribuidor lograra mejorar su situación, todo lo cual fue planteado en un ambiente abierto a discusión entre las partes. El día 26 de mayo de 2017 LUDESA informó acerca de su admisión al proceso de reorganización y solicitó expresamente que el contrato de distribución fuera renovado por un término no inferior a 6 meses, ahora, teniendo en cuenta el historial de reiterados incumplimientos de LUDESA, la decisión de que la relación se extendiera por 6 meses resultaba completamente razonable y justificada.

En cuanto a la inhabilidad del código de pedidos, aclaró que LUDESA nunca dejó de tener la posibilidad de comprar producto, siempre y cuando pagara lo que adeudaba de contado. Para ello, indicó que en el sistema SAP existía un solo código para distribuidores, sin que hubiera uno específico para crédito y otro para compras. En esa instancia, el distribuidor no podía seguir obteniendo crédito o plazo para pago, inhabilitando tal opción, sin que ello supusiera que el distribuidor no pudiera comprar nuevos productos mediante la modalidad de pago de contado, así pues, lo que se bloqueó fue la posibilidad de que LUDESA siguiera adquiriendo mediante pago a plazo, ocurrido lo anterior el 31 de marzo de 2017 como consecuencia de la falta de pago de los lubricantes adquiridos, y no como un mecanismo de retaliación. Reconoció que el 7 de abril de 2017 se restableció el código y que durante los últimos meses de ejecución contractual, LUDESA se vio avocada a pagar de contado los lubricantes que adquiriría.

Fue enfática la demandada en aclarar que para el momento de la suscripción del contrato LUDESA sabía que su término vencía el 30 de noviembre de 2017, aspecto que venía siendo objeto de conversación entre las partes según reunión del 10 de noviembre de 2017, recogida en la comunicación del 16 de noviembre. También puso de presente que la comunicación que notifica la intención de no renovar el contrato está fechada del 20 de octubre de 2017.

Con base en el pronunciamiento a los hechos, la sociedad PRIMAX se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones.

II. CONSIDERACIONES.

Tal como lo anunció el Despacho al inicio del presente escrito, y en atención a la excepción propuesta por parte de las demandadas, siendo este un requisito indispensable para el análisis de la esta, conforme lo prevé el artículo 282¹ del Código General del Proceso, encuentra esta entidad probada la prescripción como se pasa a exponer.

Frente a esta particular situación, debe decirse que dicha figura procesal es aquella que es provocada por el implacable transcurso del tiempo [aunado] a la inactividad de los titulares de derechos y acciones, y que se encuentra regulada en materia de competencia desleal por el artículo 23 de la ley 256 de 1996, norma que prevé "*...las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto*".

Acorde con la norma transcrita, debemos distinguir entre 2 tipos de prescripción, siendo la alegada por las demandadas aquella que se conoce como ordinaria, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, es de naturaleza eminentemente subjetiva y se configura pasados dos (2) años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la referida acción tiene conocimiento del acto concurrential que considera desleal.

Así las cosas, es claro que su configuración ocurre desde el momento en que se tuvo conocimiento del acto concurrential denunciado como desleal y de la persona que lo

¹ Art. 282.- Resolución de excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

realizó, hasta el estadio temporal en que se formuló el reclamo judicial, y que dentro de dicho periodo de tiempo haya transcurrido un lapso mayor a dos (2) años, término que limita la oportunidad con que cuenta el afectado para instaurar la acción aludida.

1. De la prescripción respecto a PRIMAX

Por su parte la sociedad PRIMAX sustenta que, para efectos de verificar la prescripción, se hace preciso tener en consideración lo siguiente: i) el día 20 de noviembre de 2019 LUDESA radicó la demanda inicial con el cumplimiento del requisito del juramento estimatorio, por ende, las pretensiones relativas a las conductas que hayan sido conocidas por LUDESA antes del 20 de noviembre de 2017 están prescritas; ii) en caso de que se considere que la demanda inicial fue presentada el 12 de noviembre de 2019, se tendría entonces que las pretensiones relativas a conductas que hayan sido conocidas por LUDESA antes del 12 de noviembre de 2017; y iii) en cuanto a las pretensiones planteadas en la reforma de la demanda, como estas fueron presentadas hasta el 9 de junio de 2021, cualquier conducta que haya sido conocida por LUDESA antes del 9 de junio de 2019 están prescritas.

Frente a la supuesta terminación desleal del contrato de distribución, se tienen los siguientes escenarios: i) la supuesta estrategia para sacar a LUDESA del mercado fue, según el demandante, producto de una operación de integración, la cual fue aprobada el 15 de febrero de 2018, pero que fue anunciada a la SIC el 27 de diciembre de 2016 (hecho 3.5.24). En igual medida, el primero de junio de 2017 ya LUDESA conocía que el contrato de distribución contaba con un plazo de vigencia de 6 meses, y que incluso, en el escenario más favorable, EXXONMOBIL el 20 de octubre de 2017 anunció la intención de no prorrogar la vigencia del contrato.

Descendiendo al análisis concreto de la controversia, es importante dilucidar 2 momentos que permitirán establecer si en el marco de la presente acción se encuentra o no probada la prescripción.

Del conocimiento del hecho

Para determinar la fecha en la cual LUDESA tiene conocimiento del hecho que constituye un acto desleal, vamos a remitirnos a las pruebas que se allegan al expediente, iniciando con el auto que admite a la sociedad LUDESA al proceso de reorganización, documental obrante a página 6 del consecutivo 60 del expediente virtual, de donde se extrae lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES

- 1. Mediante memoriales 2017-01-083081 y 2017-01-103689 de 28 de febrero u 10 de marzo de 2017, respectivamente, el doctor Carlos Roberto Suarez, apoderado de la sociedad Ludesa de Colombia SA, solicitó la admisión al proceso de Reorganización.*

(...)

<i>Memoria explicativa de las causas de insolvencia Art. 13.4 Ley 1116 de 2006.</i>	<i>De folio 6 a 8 del radicado 2017-01-083081 del 28 de febrero de 2016, el peticionario expone los hechos que a continuación se resumen: (...)</i>
---	--

	<ul style="list-style-type: none">• <i>El incremento de precios con la red de distribuidores de Colombia, que no se tradujo en una transmisión inmediata a sus clientes finales. Sin embargo los cupos crédito, no fueron incrementados por parte de Exxonmobil de Colombia S.A. lo que se tradujo en un aumento en los requerimientos de capital de trabajo, que además recortó los cupos de crédito en 2016.</i> <p>(...)</p> <ul style="list-style-type: none">• <i>En noviembre de 2016, Exxonmobil de Colombia S.A. renovó el por un término de 6 meses. Ello agrava la difícil posición de Ludesa de Colombia S.A.S. frente a las entidades financieras, poniendo en peligro la continuidad de la compañía.</i>
--	---

Lo anterior, permite evidenciar que los hechos que a juicio de la demandante constituyen un actuar desleal, eran de su conocimiento desde el día 28 de febrero de 2017, esto conforme lo expuesto en la memoria explicativa de las causas de la insolvencia de donde se resalta que el agravante de la posición en la que se encontraba la demandante se expuso en atención a la renovación por 6 meses del contrato suscrito entre las partes, así como la reducción del crédito, entre otros.

Por si fuera poco, a página 2 del consecutivo 61 del expediente virtual, se encuentra una comunicación remitida por LUDESA a la sociedad EXXONMOBIL donde se expresa la preocupación por el tenor de las últimas comunicaciones, la renovación del contrato por el término de 6 meses y no ampliación de los cupos de crédito, recibida el 24 de marzo de 2017, miremos:

“Sea lo primero manifestar nuestra preocupación por el tenor de las últimas comunicaciones sostenidas con ustedes, ellas evidencian un cambio de tono en la relación que por muchos años nuestras compañías han sostenido y que nos han llevado a ser uno de sus aliados comerciales más importantes en el territorio colombiano en desarrollo de la marca Mobil en nuestra AOB a lo largo de estas décadas.

En respuesta a los hechos que se enumeran en la comunicación recibida el 15 de marzo de 2017, queremos reiterar que las reducciones en los niveles de compra se han visto suscitados por varias circunstancias que no se encuentran bajo nuestro control y de las cuales les hemos hecho participar en reiteradas comunicaciones y reuniones.

*No desconocemos que Exxonmobil ha realizado acciones favorables para la compañía, como lo es el caso del BDF reconocido por resultados de 2016, **pero estas se ven menguadas si recordamos también el impacto que la reducción de cupos por parte de ustedes ha suscitado en términos de requerimientos de capital de trabajo para la compañía y el del abastecimiento para el cumplimiento de las metas asignadas.***

Pese a los requerimientos reiterados para la renovación del cupo de crédito de USD 1.750.000 a USD 2.500.000, esto no ha tenido ningún cambio. Situación que,

sumada a la falta de capital de trabajo que ustedes manifiestan, redundan en una acción que desdibuja las ayudas prestadas por ustedes en otros respectos.

Sumado a lo anterior, que la renovación del contrato por un plazo de tan solo 6 meses, siendo la fuente principal de ingresos de Ludesa la comercialización de lubricantes y grasa Exxonmobil, pone en peligro la continuidad del negocio, pues han dificultado el apalancamiento financiero de la compañía, profundizando los requerimientos de capital de trabajo, hecho que es de conocimiento de ustedes.

Pese a todo lo anterior, nos permitimos comunicar que actualmente se están tomando las siguientes acciones con el fin de remediar la presente situación:

- 1. Pese a la incertidumbre en lo relacionado con el plazo de renovación del contrato, se ha procedido a consolidar los recursos para la capitalización de USD\$1.500.000 requerido por ustedes para la renovación del contrato y la continuación de la relación comercial que hemos sostenido por varios años. Ellos, sumado a la capitalización que se realizó el pasado mes de enero de 2017 en cumplimiento, también en cumplimiento de lo solicitado por Ustedes.*
- 2. Se ha procedido a realizar un cambio en la estructura administrativa de la compañía con el fin de reducir costos, sin alterar ni generar un impacto negativo en la fuerza de comercial de Ludesa.*
- 3. Se ha activado un plan de choque con el fin de hacer más eficiente el recaudo y disposición de recursos de la compañía.*
- 4. Finalmente, por este medio, reiteramos la importancia de la ampliación de los cupos de crédito a la cifra de USD 2.500.000, herramienta clave para reducir los actuales requerimientos de capital de trabajo y para normalizar la presente situación.”*

En suma, se denota de forma palpable que el conocimiento de los hechos que hoy se reclaman como desleales viene desde el 28 de febrero de 2017, punto base para la contabilización del término de prescripción.

De la interrupción de la prescripción

Dada la explicación anterior, se parte del hecho de que el término fenecía el día 28 de febrero de 2019, al existir el soporte probatorio suficiente para decretar que a partir de esa fecha configuró el término de la prescripción ordinaria en materia de competencia desleal, contabilización de términos que se da a la luz del artículo 59 de la Ley 4 de 1913 *“Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, se entenderá que termina a la media noche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, por día el espacio de 24 horas; pero en la ejecución de penas se estará a lo que disponga la ley penal.”*, de igual manera lo establece el inciso 7 del artículo 118 del C.G.P. *“Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.”*.

Ahora, debe precisarse que frente a PRIMAX no es dable aplicar lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, básicamente por el hecho de que frente a esta no se dio trámite a la conciliación extrajudicial, por ende, en momento alguno puede interpretarse que la diligencia del 1 de octubre de 2019, con constancia del 7 de octubre del mismo año suspende la prescripción, acta que reposa a página 4 del consecutivo 57 y en virtud de la cual se indica que *“Ante este centro, el día 16 de septiembre de 2019, LUDESA DE COLOMBIA SAS EN REORGANIZACIÓN, sociedad con domicilio en Mosquera (Cundinamarca), a través de sus apoderados, solicitó la realización de una*

audiencia de conciliación con ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., sociedad con domicilio en Bogotá”, y donde concluye la diligencia con lo siguiente “Una vez reunidas las partes, expusieron sus puntos de vista y después de un intercambio de opiniones, no se logró acuerdo entre ellas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que no es viable tener por agota el requisito de procedibilidad respecto de PRIMAX COLOMBIA S.A., máxime si se tiene en cuenta que esta sociedad no fue citada a la audiencia de conciliación prejudicial mencionada, pues así se evidencia en la constancia de imposibilidad de acuerdo del caso No 118525 vista a folio 46 de la página consecutivo 0 presentación del expediente digital, toda vez que en esta no se hace referencia a la comparecencia o no de la ya referida demandada, por tanto el término de prescripción ordinaria de que trata el artículo 23 de la ley 256 de 1996, nunca fue interrumpido con relación a dicha accionada.

Así las cosas, es claro que la oportunidad para demandar fue superada, siendo presentada la acción solo hasta el 12 de noviembre de 2019, encontrándose ya prescrito su derecho para actuar.

2. De la prescripción respecto a TERPEL

Descenderá el Despacho al análisis concreto de la controversia, es decir, dilucidar los 2 momentos que permitirán establecer si en el marco de la presente acción se encuentra o no probada la prescripción.

Del conocimiento del hecho

Para determinar la fecha en la cual LUDESA tiene conocimiento del hecho que constituye un acto desleal, vamos a remitirnos a las pruebas que se allegaron al expediente, iniciando con el auto que admite a la sociedad LUDESA al proceso de reorganización, documental obrante a página 6 del consecutivo 60 y la carta remitida por LUDESA a EXXONMOBIL obrante a página 2 del consecutivo 61 del expediente virtual, documentales que ya fueron objeto de análisis por parte del Despacho y que dan cuenta que los hechos que reprocha la parte demandante eran de su conocimiento desde el día 28 de febrero de 2017.

Y es que adicional a la documental citada, en el escrito de demanda se indica en el hecho 3.5.19 que *“Durante el transcurso del 2016 la situación empeoró”,* y continua en el hecho 3.5.20 *“A finales del año 2016 EXXONMOBIL decidió de manera unilateral reducir el cupo crédito conferido a LUDESA de USD\$2.500.000 A USD\$1.700.000, equivalente a un reducción de, aproximadamente, \$2.400.000.000 pesos colombianos.”,* para finalmente concluir en el hecho 3.5.24 que *“El 27 de diciembre de 2016, mediante comunicación radicada bajo el No 16-464552 TERPEL y EXXONMOBIL informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de realizar una operación de concentración con efectos en el mercado colombiano, consistente en la adquisición del control de EXXONMOBIL COLOMBIA por parte de TERPEL”,* es decir, ya para el 27 de diciembre de 2016 se conocía sobre la operación de integración a quienes se les atribuye las conductas desleales, aspecto que permite a esta juzgadora decantarse en que el día 28 de febrero de 2017 se tuvo conocimiento de los hechos que aquí se presentan.

De la interrupción de la prescripción

Dada la explicación anterior, se parte del hecho de que el término fenecía el día 28 de febrero de 2019, al existir el soporte probatorio suficiente para decretar que a partir de

esa fecha se configuró el término de la prescripción ordinaria en materia de competencia desleal.

Ahora bien, la sociedad demandante radicó una solicitud de conciliación el 16 de septiembre de 2019, acto que acorde con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 tiene la virtud de suspender el termino prescriptivo desde esa fecha hasta el momento en que se expidieron las constancias a que se refiere el artículo 2 de esa ley, documento que en el presente caso obra a página 4 del consecutivo 57, fechada del día 7 de octubre de 2019. No obstante, no puede el Despacho entrar a considerar los efectos de la suspensión de la prescripción, pues para dicha fecha ya se encontraba cumplido el término.

En síntesis, es claro que al no haberse dado la interrupción de la prescripción de forma oportuna, le corresponde al Despacho declarar que en efecto, en el presente caso operó el término de la prescripción, pues como se mencionó la demandante conoció máximo desde el 28 de febrero de 2017 las circunstancias que rodean cada uno de los actos desleales alegados en su escrito de demanda, pues desde tiempo atrás no solo conoció sobre la integración empresarial entre las demandadas, sino que adicionalmente, era siempre clara la fecha en la que el contrato se terminaría.

Adicional a esto, la misma demandante es clara en afirmar que los actos se cometieron desde el año 2015, los cuales fueron continuados hasta la última renovación del contrato, lo que la llevó a iniciar un proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, cuyo fundamento incluso corresponde a las renovaciones contractuales por un término inferior al acostumbrado y el cual es la base de la presente demanda.

Nótese cómo en el acápite de “**ACTOS DESLEALES DEMANDADOS**” se indicó que “*desde el año 2015, era intención de EXXONMOBIL sacar del mercado a LUDESA, pues así lo había dispuesto TERPEL*” y que “*las demandadas de común acuerdo desorganizaron a LUDESA, pues los resultados financieros de mi poderdante fueron el fruto de una estrategia desleal planificada por TERPEL en asocio con EXXONMOBIL*”, resultados que conoció incluso desde que se incorporó al proceso de reorganización empresarial.

Así las cosas, para este despacho es claro que resulta probada la prescripción en el presente caso, pues la demandada presentó esta acción superados los términos legales para tal efecto.

Finalmente, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, este Despacho fijará las agencias en derecho correspondientes a la primera instancia del proceso a cargo de la demandante. Para esto se tendrán en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA 16-10554. Específicamente se dará aplicación al art. 5 numeral 1 que se refiere a procesos declarativos tramitados en primera instancia. De acuerdo con dicha norma, en los procesos en los que se formulen pretensiones de contenido pecuniario de mayor cuantía se fijan agencias entre 3% y 7.5% de lo pedido. Así, se reconocerá a favor de las demandadas el equivalente al 3% de las pretensiones pecuniarias.

En esa medida, las agencias en derecho ascienden a la suma de tres mil seiscientos sesenta y nueve millones doscientos ocho mil quinientos noventa y seis pesos con treinta y nueve centavos (\$3.669'208.596,39) los cuales serán pagados por mitad en partes iguales a cada una de las demandadas, es decir, 50% de ese monto para cada una de ellas.

SENTENCIA NÚMERO 6487 DE 2022 HOJA No. ___13__

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por el Código General del proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar prospera la excepción de prescripción propuesta por las sociedades PRIMAX COLOMBIA S.A. y ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

SEGUNDO: En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante. Para el efecto se fija por concepto de agencias en derecho la suma equivalente al 3% de las pretensiones pecuniarias, esto es tres mil seiscientos sesenta y nueve millones doscientos ocho mil quinientos noventa y seis pesos con treinta y nueve centavos (\$3.669´208.596,39) que se deberán pagar en partes iguales a las demandadas correspondiéndole a cada una el 50% de la cifra mencionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE,

La Coordinadora del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

FRM_SUPER

CAMILA ANDREA MEDINA GÓMEZ



**Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales
Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y
Propiedad Industrial**

De conformidad con lo establecido en el art. 295 del C.G.P., la presente sentencia se notificó por

Estado No. 112

De fecha 22/06/2022