



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC205-2023

Radicación n° 11001-31-99-001-2019-08051-01

(Aprobado en sesión de dieciocho de mayo de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que Central Cervecera de Colombia S.A.S. promovió contra Bavaria S.A., hoy Bavaria & Cía. S.C.A.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó declarar que Bavaria incurrió en celebración de pactos desleales de exclusividad y desatendió la prohibición general de realizar actos contrarios a las sanas costumbres mercantiles, buena fe comercial y usos honestos en materia industrial y comercial, en transgresión de los artículos 7 y 19 de la ley 256 de 1996, en su orden.

Deprecó, por consecuencia, ordenar a la convocada abstenerse de suscribir contratos con cláusulas de exclusividad o preferencia en publicidad o venta, a través de los cuales prohíba a los propietarios de establecimientos de comercio publicitar o vender productos de empresas que compitan con Bavaria; y suprimir tales cláusulas de los acuerdos vigentes.

2. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico el que a continuación se sintetiza:

2.1. Bavaria, empresa dedicada a la producción, transformación y comercialización de cerveza, entre otras bebidas, ostenta posición de dominio en el mercado nacional, lo cual ratificó la Delegatura para la Defensa de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en las resoluciones 24329 y 30718 de 2016, con las cuales autorizó la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, controlante de Bavaria.

En tales actos administrativos también indicó que en Colombia la referida posición sería fortalecida por el incremento del portafolio marcario de cerveza, principalmente en el segmento Premium, por lo cual la entidad gubernamental impuso la obligación de informar el listado de establecimientos con exclusividades vigentes, las condiciones pactadas con cada uno, nombre completo y su ubicación.

2.2. Sin embargo, las cláusulas de exclusividad pactadas a partir de la integración societaria mencionada, incluidas en los contratos de patrocinio ajustados con los propietarios de los establecimientos de comercio, están generando obstrucción a la comercialización de cerveza en el canal *on premise*, especialmente en los almacenes con mayor comercialización y reconocimiento en cada uno de los principales municipios del país, como quiera que prohíben a estos «*celebrar contratos o realizar actividades, adquirir obligaciones o cumplir prestaciones similares (...) con otras empresas en las categorías de producto antes mencionadas*».

2.3. Tal situación, agregó la demandante, restringe su acceso al mercado de cerveza en el canal *on premise*, al impedirle contratar con los propietarios de los establecimientos de comercio, máxime cuando Bavaria pasó de patrocinar 136 almacenes en el último trimestre del año 2016 a 13.535 en el mismo trimestre del año 2017, de un total de 389.108, que corresponde a un porcentaje del 3.5%, mientras que en la zona centro fue del 9%.

Además, la categoría mencionada de las cervezas está presente en el 70% de los establecimientos reportados y estos venden el 100% de la categoría, de donde el 1% de los negocios realiza en promedio el 1.43% de esas ventas.

2.4. Por último, señaló que en los años siguientes Bavaria continuó con su estrategia de crecimiento, que obstruye la participación de la accionante y demás competidores.

3. Una vez vinculada al pleito, la enjuiciada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones meritorias que denominó «*prescripción de la acción por competencia desleal*», «*inexistencia de un pacto desleal de exclusividad*» e «*inexistencia de vulneración a la cláusula de prohibición general*».

4. Una vez agotadas las fases del juicio, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, con sentencia de 29 de abril de 2021, desestimó las excepciones, declaró que Bavaria & Cía. S.C.A. celebró pactos desleales de exclusividad prohibidos en el artículo 19 de la ley 256 de 1996, le ordenó abstenerse en el futuro de suscribir acuerdos que contengan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza y negó las demás pretensiones del libelo.

5. Al resolver las apelaciones interpuestas por ambas partes el superior revocó la decisión y negó íntegramente el *petitum*, con proveído de 14 de diciembre de 2021.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El juzgador *ad-quem* inicialmente coligió infructuosa la petición de nulidad de la convocada, fundada en el incumplimiento del término de duración del proceso, porque había sido denegada en decisión previa del tribunal, adoptada a través de auto interlocutorio; también desechó la solicitud de deserción de la alzada de la promotora, pues aunque su escrito de sustentación es igual al de reparos

concretos contra el fallo de primera instancia, en los dos quedó plasmada la inconformidad y proceder como lo implora la peticionaria implicaría incurrir en exceso ritual manifiesto, como lo estableció la jurisprudencia constitucional.

2. Seguidamente el fallador de segundo grado recordó el ordenamiento jurídico en torno a la conducta desleal prohibida por el artículo 19 de la ley 256 de 1996, destacando que también fue concebida como restrictiva de la libre competencia, y que el infractor no obtiene absolución por carecer de intención dañina, pues el acto desleal también se configura por sus consecuencias en el mercado.

3. Con posterioridad y tras esbozar el principio procesal de la congruencia, iteró que la causa *petendi* se fundó en el incremento desmesurado de la suscripción de contratos de patrocinio a partir del 2017 por la convocada, aun cuando ésta mostrara desacuerdo con tal conclusión por estimar irrelevante tal proceder en aras de establecer si ocurrió o no el acto de competencia desleal investigado.

Por consecuencia, la sentencia es congruente porque la pretensión no se basó, únicamente, en que la conducta de competencia desleal de celebración de pactos de exclusividad ocurrió por efecto en los términos del artículo 19 de la ley 256 de 1996, también por su potencial deslealtad, lo cual revela que el veredicto tampoco fue inconsonante al estimar pretensiones preventivas y de prohibición, aun cuando las únicas elevadas fueron declarativas y de condena.

Tampoco fue incoherente la conclusión de que Bavaria incurrió en la conducta desleal referida, así como prohibirle la suscripción de nuevos pactos de exclusividad, manteniendo los vigentes, pues se trató de la resolución de todas las peticiones del libelo con base en el acervo probatorio recaudado.

4. No merece reproche la distinción que el juzgador *a-quo* extractó acerca de que los pactos de exclusividad pueden ser desleales por tener el objeto de restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de cerveza -eventualidad en la cual era innecesario tener en cuenta la intencionalidad de Bavaria, contrariamente a lo alegado por esta-; y por efecto cuando causan esas barreras aunque sean mínimas como lo pretendió CCC y no lo declaró ese estrado judicial; de donde la renovación o prórroga de los pactos de exclusividad no conllevaba, sin más, subsistencia del acto de competencia desleal.

5. En cuanto a la excepción de prescripción de la acción de competencia desleal y como quiera que la pretensión está erigida en la celebración de pactos desleales de exclusividad de forma desmesurada desde el año 2017, no es de recibo analizar cada pacto de forma separada sino a partir de tal anualidad, lo que desemboca en la repulsa del fenómeno extintivo.

6. De otro lado, los medios de convicción recaudados no acreditan la celebración de pactos desleales de exclusividad -único acto sobre el cual versaron las apelaciones- pues no

dan cuenta de las cualidades alegadas por la promotora, ni de incremento que restrinja el mercado o monopolice la distribución, menos en detrimento suyo.

Esto porque el dictamen pericial rendido por Mark Up, en el cual intervinieron profesionales idóneos e imparciales, fue debidamente fundamentado y concluyó que de 480.522 establecimientos de comercio que venden cerveza, Bavaria la comercializa en 307.553; que para el año 2020 ésta compañía contaba con pactos de exclusividad en 28.191 establecimientos, lo que representa un 5.87%; que más del 90% de los almacenes no tienen pactos de exclusividad, por lo que la demandante, «CCC», tiene amplio campo de acción para su mercado, sin que acreditara imposibilidad personal alguna que la Superintendencia de Industria y Comercio, al aprobar la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, indicare que CCC tiene capacidad para soportar la presión impuesta por Bavaria y para ingresar con inversión en el 5.87% de los establecimientos de comercio que ostentan pactos de exclusividad con esta empresa; que lo relevante es el número de almacenes disponibles y su potencial futuro más no las cantidades que venden, al punto que el crecimiento de ventas de los negocios con pactos de exclusividad aumentaron el 23.7%, mientras que entre los años 2016 y 2019 fue del 2%, lo cual evidencia las bondades de la estrategia implementada; que la inversión realizada en un establecimiento de comercio tiene el fin de hacer crecer la cadena de valor por lo que no debe indagarse cuánto creció el canal para establecer la afectación del competidor, sino

centrarse en el mercado residual; que los acuerdos de exclusividad previenen el provecho parasitario de terceras empresas y redundan en favor del consumidor final, quien se beneficia de mejores instalaciones en los almacenes, entre otras ayudas; y que entre los años 2017 y 2020 la participación de la demandante ascendió del 1.45% al 3.85%.

Por ende, agregó el fallo, a pesar del aumento considerable de pactos de exclusividad suscritos por Bavaria a partir del año 2017, logrando llegar al 5.87% del total nacional, estos por sí solos no implican competencia desleal pues desarrollan los principios de libertad de empresa e iniciativa privada; además, dichos convenios tienen vigencia de 18 meses, lapso razonable, al margen de que sean renovados; y esto no obsta para que la demandante intente ingresar a los establecimientos de comercio que los signaron, máxime cuando aceptó que también está suscribiendo pactos de exclusividad.

De otro lado, añadió el tribunal, la peticionaria no demostró que esos acuerdos fueron celebrados en los lugares de mayor reconocimiento y volúmenes de compra de cada uno de los municipios del país, como lo alegó, ni desde el punto de vista geográfico, pues el testimonio de Santiago Ambroggio, por demás ajeno a dichas circunstancias, sólo dio cuenta de que la participación de Bavaria en el total de hectolitros vendidos en el año 2020 en establecimientos con exclusividades fue del 20% del mercado, lo cual concuerda con la conclusión del dictamen pericial según la cual fueron

incrementadas las ventas con los pactos de exclusividad, evidenciando su eficiencia.

Respecto de los aludidos convenios en el canal *on premise* (donde el usuario puede consumir el producto dentro del establecimiento), a pesar de que el libelo careció de argumentos acerca de la trascendencia de ese factor, la prueba documental así como la exposición de la convocada dan cuenta de que Bavaria ha mantenido su posición en distribución numérica y distribución ponderada en la «zona centro y Colombia», con crecimiento menor al 2%, mientras que la promotora alcanzó distribución numérica de 82% y 78% en la zona centro en sólo 5 meses, lo cual evidencia la irrelevancia de los pactos de exclusividad.

A todo lo anterior se suma la falta de prueba de la demandante acerca de las actividades por ella desplegadas en aras de posicionarse en el mercado o las barreras que tuvo en esa gestión.

7. Por último, la prohibición general prevista en el artículo 7 de la ley 256 de 1996 opera cuando la conducta desleal no se enmarca en ninguna de las descritas en los artículos 8 a 19 de ese mismo ordenamiento, conclusión no censurada en la alzada, y en la demanda se invocó el mismo comportamiento como pilar de todas las pretensiones invocadas, el cual tampoco es contrario a las sanas costumbres, la buena fe, los usos honestos, ni causa distorsión en la decisión del consumidor o el funcionamiento competitivo del mercado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la sentencia de última instancia Central Cervecera de Colombia S.A.S. radicó dos cargos, invocando las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO PRIMERO

1. Adujo que el veredicto vulneró, de forma directa, los artículos 2, 19, 21 y 22 de la ley 256 de 1996, 45 del decreto 2153 de 1992 y 333 de la Constitución Política, para lo cual inicialmente describió los perfiles del contrato de suministro y aludió al concepto de competencia desleal.

2. En desarrollo del reproche la censura refirió que el artículo 19 de la ley 256 de 1996 no requiere, para calificar como desleal el pacto de exclusividad, la generación de limitaciones sustanciales o de barreras contundentes y significativas, pues también prevé que tenga el objeto -no sólo el efecto- de restringir el acceso de los competidores o de crear monopolio en la distribución de productos o servicios.

Es decir que el precepto sanciona la potencialidad de desequilibrio aun cuando este no sea logrado, pues esto es, precisamente, lo que traduce la diferencia entre los vocablos «objeto» y «efecto» utilizados por el legislador, por lo cual fue equivocada la exigencia de concreción de una restricción a la competencia, como lo expuso la sentencia atacada al referir que debió ser demostrada *«la restricción de acceso o*

monopolización en la distribución de productos o servicios», máxime cuando no se trata de un presupuesto, en general, para que se configure cualquier acto de competencia desleal al tenor de la jurisprudencia patria (SC4174 de 2021).

3. De otro lado, cualquier alteración del mercado a través de una cláusula de exclusividad en un contrato de suministro, aun cuando sea mínima, provoca la deslealtad auscultada, porque la ley no sólo sanciona la anulación total del acceso a los competidores, también las conductas que tornan difícil el ingreso al mercado o la permanencia en él.

Precisamente, en concordancia con esa visión, es que la acción de competencia desleal no sólo es declarativa y de condena, del mismo modo es preventiva al tenor del artículo 20 de la ley 256 de 1996.

Por lo tanto, fue equivocado que el tribunal pretendiera que CCC acreditara estar imposibilitada o tener dificultades significativas para igualar o mejorar las condiciones establecidas por Bavaria con los establecimientos de comercio o expendedores con los cuales ajustó pactos de exclusividad, habida cuenta que es aspecto irrelevante, requerimiento que denota el exceso del juzgador de segunda instancia al exigir requisitos no previstos legalmente para establecer la conducta acusada, específicamente en relación con el canon 21 de la ley 256 de 1996, la cual concede legitimación por activa para iniciar acción de competencia desleal a todo aquel que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, sin mirar su capacidad

económica, ni su despliegue en prácticas tendientes a igualar los actos denunciados, tampoco que los pactos de exclusividad de Bavaria hubieran sido celebrados en los lugares con mayor reconocimiento y volumen de compra en cada uno de los principales municipios del país, la verdadera participación en el mercado de los establecimientos de comercio para el momento de suscripción de las exclusividades en contraste con el comportamiento posterior, o cualquier otro dato estadístico acerca del comportamiento del mercado, en términos económicos, temporales, etc.

4. Igualmente, para calificar como desleales las exclusividades criticadas bastaba los supuestos fácticos establecidos por el tribunal, como que Bavaria tiene posición dominante en el mercado de producción y comercialización de cerveza, que para el año 2020 sus acuerdos de exclusividad totalizaban 28.191, que entre 2017 y 2020 aumentaron considerablemente llegando al 5.87% del mercado, que los establecimientos de comercio que los firmaron vendieron el 20% del total de hectolitros de cerveza, y que tenían un plazo de 18 meses.

Sin embargo, el fallo restó relevancia a esa posición de dominio, la cual imponía reconocer la poca capacidad que tienen los nuevos competidores, al margen de las características de cada uno; las barreras de entrada al mercado por la existencia, entre otros factores, de las exclusividades, además susceptibles de prórroga; las facultades de todo dominador para determinar las condiciones de una específica actividad comercial, como lo

prevé el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992; y el fomento e incremento de monopolios en desmedro de la libre competencia.

Por ende, en la interpretación de los artículos 2, 19 y 22 de la Ley de Competencia Desleal debió dimensionarse la posición de dominio de Bavaria en el mercado de producción y comercialización de cerveza, en concordancia con la jurisprudencia contenida en la sentencia C-535 de 2007 de la Corte Constitucional, para concluir que sí se configura el acto de competencia desleal denunciado, todo lo cual menospreció el Tribunal.

Por lo mismo, no era indispensable exigir, como lo hizo el fallador de segundo grado, prueba de que las exclusividades recayeron en los almacenes de mayor repercusión en el mercado, o en los de más ventas en el segmento, o en los que tuvieran gran influencia por su ubicación geográfica, ni tener por válida la conducta de Bavaria porque CCC incrementó su participación del 1.45% al 3.85% entre los años 2017 a 2020.

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso, a partir del 1º de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5º, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con

el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. El artículo 333 de la Constitución Política consagra que «[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades»; asimismo, ordena que «[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional».

La libre competencia se instituyó, entonces, como una condición para el correcto funcionamiento del circuito económico, tendiente a garantizar que los agentes puedan participar según sus capacidades -tales como el prestigio comercial, calidad de los productos, antecedentes profesionales, condiciones negociales, propaganda, ubicación-, dentro del engranaje de oferta y demanda de bienes y servicios (SC, 10 jul. 1986, GJ CLXXXVII); derecho que se socava por figuras como la deslealtad negocial, los comportamientos colusorios o el abuso de mercado, de allí que se imponga su desaprobación.

Y es que la palabra «*competencia*» trasluce una «[s]ituación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio»¹, la cual sólo es posible con la participación del mayor número

¹ Aceptación tercera del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en www.rae.es.

de agentes posible, actuando en condiciones de simetría y lealtad.

La Sala tiene dicho que *«la ‘libre competencia económica’... responde a las necesidades del mercado de capitales y actúa en contraposición a las prácticas monopolísticas, proscritas en la Carta Magna al tenor del artículo 336, salvo que se instituyan como arbitrio rentístico ‘con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley’»* (SC, 13 oct. 2011, rad. n.º 2007-00209-01). Esto debido a que *«ni desde el punto de vista mercantil, ni mucho menos del jurídico, es posible concebir una competencia omnímoda o ilimitada, donde solamente rija la salvaje y desenfrenada lucha por el mercado, porque en el marco del Estado Social de Derecho, este derecho, como todos los otros, sólo tiene sentido si se entiende bajo la pauta interpretativa de un principio de igualdad de los competidores frente a la ley»* (SC, 19 nov. 1999, rad. n.º 5091).

La Corte Constitucional ha conceptuado que:

La libertad de competencia... acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante...

La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que ‘La libre competencia, por su parte,

consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.’ (C-032/17).

2.1. Por la variedad de temas involucrados, el estudio del derecho de la competencia «se ha dividido, tradicionalmente, en dos grandes segmentos, a saber, por una parte, las denominadas prácticas comerciales restrictivas, que incluyen actualmente el estudio de los abusos de posición dominante así como el análisis de algunas integraciones empresariales, y por la otra, los actos de competencia desleal» (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01); vertientes que tienen finalidad propia, como lo ha sostenido esta Corporación:

[L]a regulación de la competencia desleal, que protege y estimula la actividad empresarial y la libertad de quienes intervienen en el mercado, compitiendo entre sí con el propósito individual de cada uno de ellos de hacerse a la clientela; y por el otro, la de las prácticas comerciales restrictivas, cuyas normas persiguen impedir, conjurar, y eventualmente sancionar, los acuerdos o convenios de los empresarios, así como las prácticas unilaterales y las concentraciones de empresas que en el escenario del mercado se encaminen a limitar la competencia o a restringir la oferta de bienes y servicios, en perjuicio de los consumidores, de la eficiencia económica, así como de la libre participación de las empresas en el mercado (ídem).

Por esta senda, en el ámbito nacional se establecieron normas diferenciadas para reprimir las conductas contrarias a la libre competencia, agrupadas según la finalidad maliciosa del comportamiento, a saber: (I) prácticas restrictivas y (II) conductas desleales.

Frente a las primeras, la ley 155 de 1959 vetó todos «*los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas*» (artículo 1º).

Adicionalmente, con el decreto 2153 de 1992 se realizó un listado de conductas consideradas como contrarias a la libre competencia (artículos 47 y 48) y enumeró los casos que constituyen abuso de posición dominante (artículo 50).

Más recientemente se expidió la ley 1340 de 2009, en la que se agregaron reglas «*en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional*» (artículo 1º).

En el ámbito subregional andino se tiene un régimen especial «*de prácticas restrictivas de la libre competencia*», comprensivo de los «*acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas*» y el «*abuso de posición dominante en el mercado*» (Decisión 285 de 21 de marzo de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones).

Frente a la deslealtad competencial, con la ley 256 de 1996 se consagró el principio de que «*[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial*», y se tipificaron los actos que se estiman contrarios a este principio (artículos 7º a 19).

En suma, tratándose de la propiedad industrial, el listado especial de conductas contrarias a la sana competencia contenido en el artículo 10 bis del *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, hecho el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

2.2. Por su importancia para el presente caso, conviene recordar que la competencia desleal es el conjunto de actos que tienden a falsear el recto funcionamiento del mercado por medio de conductas tendientes a «*provocar la confusión del comerciante con otro, o los productos del comerciante con los del competidor, las maniobras de descrédito respecto de los productos de éste, los actos que*

persiguen la desorganización de la empresa rival, o, en fin, los que buscan la llamada desorganización del mercado» (SC, 12, sep. 1995, rad. 3939), el cual ha sido objeto de variados desarrollos legislativos en nuestro país.

2.2.1. Inicialmente, con el artículo 65 de la ley 31 de 1925 se acotó la competencia desleal al «*acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival*».

Con posterioridad, mediante la ley 59 de 1936 se aprobó la *Convención sobre protección marcaria y comercial*, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929, la cual consideró desleal «*[t]odo acto o hecho contrario a la buena fe comercial al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles*» (artículo 20), para lo cual se hizo un listado de conductas (artículo 21).

El Código de Comercio representó un cambio de paradigma al establecer, como uno de los deberes de los comerciantes, el de «*abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal*» (numeral 6º del artículo 19), así como consagrar un listado exhaustivo de conductas constitutivas de la misma -artículos 75 a 77- y señalar las consecuencias derivadas de este comportamiento.

2.2.2. En concordancia con el artículo 333 de la Carta Política y en armonía con el ordenamiento convencional,

Colombia adhirió al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, mediante la expedición de la ley 178 de 1994, adquiriendo la obligación de «*asegurar a los nacionales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal*» (núm. 1, art. 10 bis) y acoger en su legislación interna las reglas según las cuales «*[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial*» (num. 2, ídem).

Particularmente debía prohibir «*1) [c]ualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir a público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*» (Ejusdem).

En desarrollo de tal compromiso convencional fue promulgada la ley 256 de 1996, cuyo capítulo inicial, contentivo de las disposiciones generales, señaló como objeto de la ley garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los participantes en el mercado; su ámbito de aplicación a los actos de competencia desleal realizados en el mercado y con fines concurrenciales;

innecesaria la condición de comerciante para el sometimiento a las restricciones allí previstas; un marco territorial enfocado en los efectos de las conductas descritas y su incidencia o que esté llamada a tenerla en el mercado colombiano; el concepto de las prestaciones mercantiles y la regla de interpretación según la cual la hermenéutica que rige ese ordenamiento debe guardar consonancia con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres, con la limitante del bien común, así como competencia económica y libre, leal pero responsable.

A su vez, el capítulo II relacionó los actos de competencia desleal empezando con una prohibición de tipo general, seguida de las particulares denominadas desviación de la clientela, desorganización, confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad.

El enfoque de la competencia desleal, por ende, está dirigido a la defensa de los consumidores, preservar el buen funcionamiento del mercado, así como los intereses de los empresarios que intervienen en él. Se trata de un régimen en el cual se abordan los casos específicos entre comerciantes, consumidores y demás participantes, al contrario del régimen de prácticas comerciales restrictivas que apunta a resolver una finalidad colectiva.

De allí que el inicial «modelo profesional» o de corte individualista, erigido en criterios de enjuiciamiento sopesados en la incorrección profesional y en razonamientos morales, experimentó gran cambio al establecer deberes objetivos de abstención o reglas objetivas de conducta², con el advenimiento del «modelo social»³, que tiene como sus dos pilares fundamentales la política de defensa de la competencia (por el Estado, ya que antes se designaba al mercado mismo) y la política de tutela del consumidor (que se le había otorgado en su totalidad al mercado).

Ciertamente, el marco legal de competencia desleal no sólo vela por los intereses entre los empresarios, también incluye a los consumidores como sujetos de protección y garantía cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas.⁴

En efecto, la ley 256 de 1996 reguló límites en el ejercicio de aquella actividad, incluso para quienes no ostenten la condición de negociantes, prohibiendo conductas que atenten contra la competencia, siempre y cuando se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2º), es decir, en su orden, sobrepasen el fuero interno de quien los ejecuta para tener relevancia en el mercado y sea adecuado para mantener o aumentar la participación que un comerciante ostenta en una actividad específica.

² Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Editorial Civitas S.A. 1988.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

Todos esos comportamientos han sido incluidos por parte de la doctrina⁵ en una clasificación tripartita en cuanto al actor del mercado que afectan. Estas ofensas podrán cometerse entonces en contra de los competidores, los consumidores y el orden del mercado.

Total, mediante la Ley 256 de 1996 fue regulada la competencia desleal, derogando las disposiciones establecidas para tal materia en el Código de Comercio, siendo su objetivo principal *«garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado»*.

2.2.3. En concreto, la compilación legal aludida prohibió de forma general toda actuación que viole el principio de buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos en materia comercial e industrial, o que esté dirigido a afectar o afecte la libre decisión del comprador o consumidor (art. 7º).

Ya de forma particular vedó los actos de: I) desviación de clientela, considerado como el que tiene el fin o genera el traslado de los usuarios de una actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno, siempre y cuando sea contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en esta materia y en la industrial (art. 8); II) desorganización, entendida como la que propende

⁵ Menéndez, Aurelio. La competencia desleal. Primera edición. Editorial Civitas S.A. 1988. pág. 115 y ss.

desordenar internamente la empresa, incluso de forma parcial (art. 9); III) confusión, aquella conducta que pretende mostrar equivocada la actividad, prestación mercantil o establecimiento ajenos, o lo hace al margen de su intencionalidad (art. 10); IV) engaño, el que tiende o logra incitar al público para que erre acerca de la actividad, prestación mercantil o establecimiento ajenos, presumiéndose arquetipos de engaño la utilización o difusión de indicaciones o afirmaciones incorrectas o falsas, la omisión de las reales y cualquiera otra práctica que pretenda o lleve a la desacreditación de la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad de los productos (art. 11); V) descrédito, esto es, en el cual se utiliza o difunde indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, se omite las verdaderas o cualquier práctica que tenga el fin o llegue a desacreditar la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles de terceros, salvo que sean exactas, verídicas y pertinentes (art. 12).

Igualmente previó como actos de competencia desleal los de: VI) comparación, asumiendo por tal el cotejo público de la actividad, prestación mercantil o establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, siempre y cuando dicho parangón se valga de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, omita las verdaderas, o sea realizado respecto de extremos incomparables por su diversidad o imposibles de comprobar (art. 13); VII) imitación, es decir, la reproducción exacta y minuciosa de prestaciones de un tercero que genera confusión sobre la procedencia empresarial o implica el aprovechamiento indebido de la

reputación ajena, así como la imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor encaminada a impedir su asentamiento en el mercado excediendo la respuesta natural de este (art. 14); VIII) explotación de la reputación ajena, traducida como el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de la popularidad industrial, comercial o profesional de otro, *verbi gratia*, el empleo no autorizado de signos distintivos foráneos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aun cuando estén acompañadas de la indicación real de la procedencia del producto (art. 15); IX) violación de secretos, consistente en la divulgación o explotación, sin autorización del titular, de confidencias industriales o empresariales, adquiridas legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente a través de espionaje, procedimientos similares o violación de una norma jurídica, aun cuando todas estas conductas no se realicen en el mercado y carezcan de fines concurrentiales (art. 16).

Por último, fueron tipificados como de competencia desleal los actos de: X) inducción a la ruptura contractual, concebida como la persuasión a trabajadores, proveedores, clientes y cualquiera obligado, a infringir los compromisos básicos acordados, pero si se trata de la terminación de un pacto o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de un infracción contractual será menester que, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial, empresarial o vaya acompañada de la intención de engañar, eliminar a un competidor u otras similares (art. 17); XI) violación de normas con obtención de una ventaja

competitiva importante (art. 18); XII) pactos desleales de exclusividad, entendidos como los contratos de suministro con cláusulas de exclusividad que tengan por objeto o logren restringir el acceso de competidores, monopolizar la distribución de productos o servicios, salvo que se trate de las industrias licoreras de propiedad de las entidades territoriales (art. 19).

Esta consagración traduce que Colombia adoptó el modelo mixto en cuanto a conductas de competencia desleal, al igual que en el Reino de España: *«la apuesta que se asumió en la década de los noventa en España a la hora de configurar y decidirse por un modelo de deslealtad fue de naturaleza restrictiva, esto es, se prefirió configurar una lista de deslealtades y ofrecer una cláusula general que inspirase e integrase los diversos supuestos, amén de un control férreo por parte de los tribunales, que pudieran impedir ese crecimiento en aras de una política benefactora del contrario, mediante posibles prácticas que en todo caso o casi siempre resultan incómodas para los competidores.»*⁶

Por consecuencia, los presupuestos axiológicos para calificar un acto como generador de competencia desleal son, conforme a la Ley 256 de 1996 y la doctrina jurisprudencial: I) que sea realizado en el mercado; II) que sea de índole concurrencial, es decir, que tenga el propósito de mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo

⁶ Barona Vilar, Silvia. Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extra jurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pág. 290.

realiza o de un tercero; y III) que corresponda a una de las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea general o específica. (SC, 13 nov. 2013, rad. n.º 1995-02015-01, reiterada en SC4174 de 2021, rad. 2013-11183-01).

3. El acto sancionado en el artículo 19 de la Ley de Competencia Desleal (256 de 1996), consiste en considerar «*desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso a los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales*»; el cual fue declarado exequible a través de sentencia C-535 de 2007 de la Corte Constitucional, no obstante colegir que se trata de un acuerdo restrictivo de la competencia:

El objeto o el efecto de la cláusula de exclusividad se contrae a reducir la competencia (...) o a anularla (...). En definitiva, la ley califica como desleal una práctica contractual restrictiva de la libre competencia. La calificación no se propone, por lo menos expresamente, lograr una equiparación semántica entre los conceptos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la libre competencia. El resultado positivo, independientemente de la intención del legislador o del error técnico en que pudo incurrir, no es otro distinto que el de aplicar el mismo régimen sancionatorio a los dos supuestos. En otras palabras, la persona afectada por la enunciada práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de la ley, tendría la posibilidad de intentar los dos tipos de acciones que ella regula, a saber, la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición. (Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997).

Se trata de una figura cuyo origen remonta en el derecho anglosajón al primer régimen de defensa contra los monopolios mediante la *Sherman Antitrust Act* de 1890, «como respuesta a las demandas de la pequeña y mediana empresa por sus dificultades para competir con las grandes empresas establecidas en ciertos sectores de su economía»⁷; modificada por la *Clayton Act* en 1914, entre otros, en la cual «se añadió una lista de prácticas que se consideraron prohibidas, que comprendió la discriminación de precios a distintos compradores, si dicha discriminación tendiera a crear un monopolio, los acuerdos de exclusividad, los acuerdos de ventas encadenadas y las fusiones y adquisiciones que redujeran sustancialmente la competencia en el mercado. (...) Las reglas antimonopólicas de los Estados Unidos de América comprenden dos tipos de violaciones conocidas, respectivamente, como *per se* y de la regla de la razón. Constituyen violaciones *per se* aquellas que se encuentran expresamente previstas en 15 USC § 1, donde basta con investigar si una de las prácticas tipificadas tiene efectos sobre el mercado o, en caso de juzgarse tentativas, si estas pudieron tener tales efectos. La regla de la razón, parte de la base de que algunas prácticas comerciales pueden, de acuerdo con las circunstancias, tener un efecto positivo o negativo para la competencia. Es habitual que en esos juicios los tribunales consideren que es relevante predecir las consecuencias futuras de una conducta. (...) Los monopolios, las tentativas de monopolizar y los acuerdos con el mismo objeto constituyen infracciones *per se*, requiriéndose acreditar

⁷ Remaggi, Luis A., *Cláusulas de Exclusividad*. Buenos Aires, 2017. Pág. 283.

que se haya realizado el intento teniendo poderes para hacerlo, independientemente de si el individuo ejerce realmente ese poder. (...) Los acuerdos de exclusividad celebrados por un minorista o un distribuidor que se obligan a comprar exclusivamente a un productor, sólo serán punibles de acuerdo con las reglas de la razón por cuanto, no obstante significar una dificultad para que los nuevos productores entren en el mercado, usualmente son utilizados para mejorar la eficiencia competitiva de las cadenas de distribución, promoviendo la competencia.»⁸

La doctrina patria especializada señala que «[l]a afectación al sistema de competencia puede implicar impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado, aunque no se llegue a conseguir la finalidad perseguida. En ese sentido, para que se incurra en el ilícito concurrencial, basta con que se realice la concertación y que esta pueda llegar a afectar el sistema competitivo, incluso en aquellos casos en los cuales no se ha producido aún el efecto restrictivo de la competencia. Igualmente se configura el ilícito concurrencial con independencia de la intención o motivación de los implicados. Es decir, se prohíben las restricciones a la competencia en el mercado de carácter objetivo, en la medida que se afecte o pueda afectar el nivel competitivo existente en el mercado.»⁹

Entonces, las características que debe poseer la exclusividad, signada en contratos de suministro, para

⁸ *Ibidem*, págs. 284 a 287.

⁹ Jiménez V., Fernando. *Derecho de la Competencia*. Colombia, 2019. Págs. 23 a 24.

considerarla restrictiva del acceso al mercado para los competidores o monopolizadora de la distribución de productos o servicios, es que hubiere sido concebida para ese *objeto* o que tenga dicho *efecto*.

El *efecto*, de índole meramente objetivo, traduce que, al margen del propósito de los contratantes, el convenio generó restricciones a otros competidores para ingresar al mercado o implicó monopolización de la distribución de productos o servicios.

El *objeto* alude a que las partes tuvieran esa intención restrictiva o monopolizadora y, adicionalmente, que el acuerdo ostente la potencialidad de afectar la competencia en el mercado, aunque tal propósito no fuera concretado.

Así las cosas, aunque la intención de los contratantes no es suficiente en aras de establecer que la cláusula o pacto de exclusividad constituye el acto de competencia desleal auscultado, sí evidencia uno de los ingredientes para que se configure tal conculcación por *objeto*, complementada con la idoneidad de la estipulación para concretar el fin deseado, aunque no se llegue a este.

Por esta senda, habida cuenta de la imposibilidad que comporta la prueba de la intención de las partes contratantes, o de una de ellas tratándose de pactos de adhesión, por vía de ejemplo, en tanto el fin perseguido comporta soslayar la ley o los derechos de terceros, para lo cual son adoptadas las cautelas que muestren aparente

intención proba, la libertad probatoria se torna trascendente en aras del uso de la prueba indiciaria.

A la par, la doctrina ha enseñado, como regla para acreditar en general la celebración de pactos de exclusividad desleales, que *«[a]l tratarse de comportamientos prohibidos y perseguidos por el estado, quienes son sus protagonistas no suelen dejar evidencia de los mismos. Por esta razón, el derecho de defensa de la competencia ha ampliado los supuestos iniciales para prohibir también toda manifestación o acuerdo de voluntades que implique restricción a la obligación de competir en el mercado, en estos casos, evidenciada probatoriamente a través de estudios de mercado que permitan sugerir la existencia de dichos acuerdos a través del comportamiento de los operadores económicos...»*¹⁰

Para el referido propósito de singular valía es tener presente que *«... las normas de defensa de la competencia no están dirigidas a la protección de competidores individuales, sino que tutelan la libre competencia y la economía en general.»*¹¹

En adición, *«[l]a aplicación de la doctrina de la razonabilidad (rule of reason), propia del derecho norteamericano atiende a este propósito: para determinar si una conducta o acuerdo constituye un ilícito antitrust deben examinarse los eventuales perjuicios que para el derecho de la competencia pueden causarse frente a los posibles*

¹⁰ Jiménez V., Fernando. Derecho de la Competencia. Colombia, 2019. Pág. 18.

¹¹ Remaggi, Luis A., Cláusulas de Exclusividad. Buenos Aires. 2017. Pág. 298.

beneficios en términos de eficiencia económica. Si luego de este análisis se concluye que el acuerdo produce más beneficios a la sociedad y al sistema económico que eventuales perjuicios, es posible considerar la autorización del acuerdo. Por el contrario, si los perjuicios son mayores al beneficio o este no existe, la conducta debe ser prohibida. (...) En cualquier caso, se exige de parte de las autoridades de competencia, que se compruebe la existencia de estos beneficios, los cuales deben trasladarse al mercado y a los consumidores (quienes deberán recibir un beneficio equitativo), de tal manera que superen los posibles efectos en las restricciones competitivas que se causan al mercado. Por otro lado, se requería que las restricciones a la competencia tengan estrictamente un carácter indispensable, sin llegar a eliminar sustancialmente la competencia en el mercado.»¹²

Por consecuencia, «...los acuerdos verticales mediante los que se conceden exclusividades territoriales, o que imponen el deber de comprar bienes o servicios a un determinado proveedor, son analizados de acuerdo con las reglas de la razón, resultando prohibidos solo en los casos en que no mejoran la eficiencia del comercio.»¹³

No obstante, itérase, «[l]os monopolios, las tentativas de monopolizar y los acuerdos con el mismo objeto constituyen infracciones per se, requiriéndose acreditar que se haya realizado el intento teniendo poderes para hacerlo, independientemente de si el individuo ejerce realmente ese

¹² Jiménez V., Fernando. *Derecho de la Competencia*. Colombia, 2019. Págs. 32 a 33.

¹³ Remaggi, Luis A., *Cláusulas de Exclusividad*. Buenos Aires. 2017. pág. 287.

poder.»¹⁴ De allí que «[u]n contrato de ventas encadenadas, en el que la venta de un producto está condicionada a la compra de otros productos del proveedor o a la inhibición de comprar esos productos a terceros, solo serán punibles de acuerdo con las reglas de la razón, salvo que el acuerdo elimine una parte sustancial del comercio, en cuyo caso es una infracción per se.»¹⁵

En Colombia la legislación no prevé listado taxativo de pactos de exclusividad que, forma automática, deban ser considerados desleales, por lo cual corresponde a los funcionarios judiciales valorarlos de forma individual en aras de establecer si concurren las características previstas de forma positiva para imponerles restricciones, al punto que la doctrina constitucional señaló, refiriéndose al canon 19 de la ley 256 de 1996, que:

La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante, etc. (Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997).

¹⁴ *Ibíd*em, pág. 285.

¹⁵ *Ibíd*em, pág. 286.

4. Con base en las anteriores premisas colige la Corte que no se configuró la violación directa de la ley sustancial denunciada en el cargo porque el Tribunal, para establecer si ocurrió el acto de celebración de pactos de exclusividad desleales, considerara forzosa la acreditación de limitaciones sustanciales o de barreras contundentes y significativas para la distribución de cerveza, campo en el cual se desenvuelven las empresas litigantes.

En efecto, se trata de un presupuesto necesario para configurar la deslealtad, por objeto, en todo pacto de exclusividad, en tanto no sólo basta la intención de los intervinientes de restringir el acceso de los competidores del mercado, también es indispensable que ese convenio sea idóneo para generar dicha limitación.

Es que las características de cada mercado son las que permiten concluir cuándo las exclusividades, ajustadas dentro de los contratos de suministro, pueden limitar el acceso de otros competidores, comoquiera que deben ser considerados todo tipo de aspectos que conciernen a los demás proveedores, distribuidores y consumidores del producto suministrado; esto es, valores de producción en cada región, si no existiera uniformidad; los atributos geográficos del municipio, departamento o país en general donde se comercializa el producto, como son las vías de acceso que influyen en los costos de transporte; la cantidad de puntos de venta a nivel local, regional e incluso nacional; la distancia entre estos expendedores en aras de establecer si también para el usuario –y no sólo para los competidores–

representa una barrera la exclusividad; los hábitos de consumo de la clientela de cada uno de estos puntos de venta; entre muchos otros factores.

Piéñese, por vía de ejemplo, en las diferencias en la celebración de contrato de suministro suscrito con el propietario del establecimiento de comercio ubicado en lugar de difícil acceso, respecto al signado con otro dueño de almacén situado en la capital de un departamento, máxime cuando la geografía de nuestra nación se caracteriza por la diferenciación de sus distintas regiones.

Igualmente, no son equiparables las condiciones del contrato de suministro con cláusula de exclusividad entablado por el productor con el único suministrado del municipio o localidad, en relación con aquel pacto concertado entre el mismo productor y cualquier suministrado ubicado en circunscripción territorial en la que existen varios o muchos establecimientos de comercio carentes de pactos similares.

En suma, más ejemplos habrán que denoten la superficialidad de igualar las condiciones de todos los establecimientos de comercio, almacenes o expendedores en general, suministrados de determinado producto, con respecto a sus competidores.

Lo dicho deja al descubierto que aun cuando lo ideal sería que el pacto de exclusividad ajustado dentro de un contrato de suministro esté antecedido del estudio acerca de

sus posibles efectos en el mercado, específicamente en relación con la conducta prohibida en la regla 19 de la Ley de Competencia Desleal; y que omitir éste concepto podría constituir prueba indiciaria de la intención de restringir el acceso a los competidores al mercado previamente establecido o de monopolizar la distribución de un producto o servicio, al dejar al descubierto el desinterés del suministrado y el suministrador sobre las consecuencias de su proceder; lo cierto es que tal intención es insuficiente para colegir que es pacto desleal de exclusividad porque, paralelamente, forzoso resulta que el referido acuerdo de voluntades sea idóneo para generar la restricción o el monopolio referidos.

En otros términos, el desequilibrio sancionado con la restricción impuesta a la celebración de exclusividades insertas o anexas a los contratos de suministro no solo mira la intencionalidad de quienes los subscriben, a la par impone que ese acuerdo sirva potencialmente o sea idóneo para lograr el referido propósito, porque de lo contrario no se considerará pacto desleal de exclusividad.

5. Tampoco es de recibo para la Corte interpretar el canon 19 de la Ley de Competencia Desleal en el sentido de que la conducta allí descrita ocurre con la más mínima alteración del mercado, toda vez que por ese sendero quedaría comprendido, *per se*, todo acuerdo de suministro con exclusividad, no obstante que no fue este el propósito legislativo pues, de serlo, así hubiese quedado plasmado diamantidamente con una prohibición absoluta.

Por supuesto que la celebración de un convenio de suministro con exclusividad genera, sin más, que los compradores finales que acuden al suministrado quedarán obligados a adquirir los productos del suministrador y, por acto reflejo, imposibilitados de obtener productos del mismo género pero de otro suministrador. Y aunque en principio esto podría ser calificado de desleal, realmente no lo es en tanto tales compradores ostenten la posibilidad, sin mayores dificultades, de acudir a otros sitios de expendio de los mismos o similares productos.

Con otras palabras, en territorios en los cuales concurren diversos almacenes expendedores ésta pluralidad desvirtúa la competencia desleal producto de la suscripción de la exclusividad signada con cualquiera de tales suministrados, a pesar de que puede afirmarse, con razón, que sí habría restricción a la competencia enfocándose únicamente en los clientes del establecimiento de comercio en el cual surte efectos la exclusividad.

Por lo tanto, la hermenéutica gramatical sugerida en el cargo debe ser abandonada para, en su lugar, acoger una visión sistemática del precepto legal en mención en concordancia con el ordenamiento jurídico que rige la materia sintetizado en esta providencia, sin ánimo de exhaustividad, y con el artículo 333 de la Carta Política, a cuyo tenor *«[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin*

autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades....»

Precisamente, en desarrollo de este mandato superior, la ley 155 de 1959, tras prohibir todo acto tendiente a limitar la libre competencia, consagró que *«[e]l gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.»*

Con otras palabras, a pesar de la existencia de actos que limiten la libre competencia, el ordenamiento jurídico posibilita su celebración en aras de que prevalezca la permanencia de sectores cuya valía en la economía general es superior.

En este orden, resulta inviable afirmar que todo contrato de suministro con pacto de exclusividad genera, aun de forma mínima, el acto de competencia desleal previsto en el canon 19 de la Ley 256 de 1996.

6. Lo expuesto en precedencia revela infundados los alegatos de la recurrente, según los cuales no le era exigible la prueba de que las cláusulas de exclusividad recayeron en los almacenes de mayor repercusión en el mercado, o en los de mayores ventas en el segmento, o en los que tuvieran más influencia por su ubicación geográfica, ni tener por válida la conducta de Bavaria porque CCC incrementó su participación del 1.45% al 3.85% entre los años 2017 a 2020.

7. Ahora bien, argumentó el embate casacional que el fallador *ad-quem* menospreció la posición de dominio que ostenta Bavaria, en el segmento de venta de cerveza, porque implicaba reconocer la poca capacidad que tienen los nuevos competidores al margen de las características de cada uno; las barreras de entrada al mercado por la existencia, entre otros factores, de las cláusulas de exclusividad, además susceptibles de prórroga; las facultades de todo dominador para determinar las condiciones de una específica actividad comercial, como lo prevé el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992; y el fomento e incremento de monopolios en desmedro de la libre competencia.

Al respecto brota nítido que tal censura realmente no se enmarca dentro de la supuesta violación de la ley sustancial por vía directa, senda por la cual fue erigido el cargo, sino que correspondería a la conculcación por la vía indirecta ya que reprocha la errada valoración en conjunto del material probatoria, toda vez que la posición de dominio de Bavaria se desprende, como lo alegó la promotora desde el libelo genitor del litigio, de la decisión de la Delegatura para la Defensa de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio contenida en las resoluciones 24329 y 30718 de 2016, con las cuales autorizó la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, controlante de Bavaria; así como del dictamen pericial acogido en el fallo de última instancia, el cual plasmó que se trataba de aspecto pacífico en la contienda.

De igual manera, porque el embate censura la estimación de los contratos de suministro con pactos de exclusividad suscritos por Bavaria, criticados en este pleito, a más de que la propia recurrente resalta las cláusulas que viabilizan sus prórrogas.

Es decir que el embate en este pasaje abandonó la técnica del recurso de casación porque desatendió la formalidad prevista en el numeral 2 del artículo 344 del Código General del Proceso, según el cual la formulación de los cargos debe realizarse «*por separado*» y con «*exposición de los fundamentos de cada acusación*», pues, en contravía con esa carga, entremezcló los conceptos de violación de la ley sustancial por vía indirecta por error de derecho (núm. 1º, art. 336 *ibídem*) con la conculcación del mismo ordenamiento por la senda recta (núm. 2º *ejusdem*).

Recuérdese que el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta cometiendo: I) errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o; II) de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

El yerro de derecho se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre su aducción e incorporación, mérito demostrativo asignado por el legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador:

Aprécia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere. (CSJ AC8674 de 2016, rad. 2011-00269-01, entre otras).

Por el contrario, cuando se invoca la afectación por vía directa de la ley sustancial es necesario partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por acreditados en el fallo, sin que exista campo para disentir de la valoración ni de los medios de convicción recaudados, por cuanto la crítica debe estar dirigida a derruir los falsos raciocinios acerca de las normas sustanciales que gobiernan el caso, bien sea porque el Tribunal no las tuvo en cuenta, se equivocó al elegir las o, a pesar de ser las correctas, les da un entendimiento ajeno a su alcance.

Al respecto tiene dicho la Corte que:

al acudir en casación invocando la violación directa de la ley sustancial, se debe partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, sin que se permita plantear inconformidad alguna relacionada con los medios de convicción recaudados, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose

una interpretación errónea (CSJ SC 24 abr. 2012, rad. n.º 2005-00078).

La citada mezcla va en contra de los principios de autonomía e independencia de las causales de casación, lo cual conduce a la desestimación del cargo, como en forma reiterada lo ha doctrinado la Corte, al señalar:

Rememórese las palabras de la Sala: «resulta imperioso destacar la usual confusión en que se incurre cuando en sede casacional, so pretexto de criticar al juzgador por no apreciar las pruebas en conjunto, se reaccrimina de este la omisión o falta de apreciación de algunas de ellas, o su cercenamiento, y por esta vía, a mostrar una particular visión del poder persuasivo de apartes destacados y de algunas conclusiones distanciadas de las adoptadas por el Tribunal, lo que hace derivar el cargo hacia un error de hecho, con entremezclamiento o mixturas de yerros probatorios, cual sucede en este cargo» (SC5230, 25 nov. 2021, rad. n.º 2014-00578-01).

Se incurrió de esta forma en hibridismo entre las diversas vías que integran el camino indirecto, razón para su inadmisión. (CSJ, AC1142-2022, rad. 2013-00285).

8. Con todo y al margen de que el defecto técnico aludido es suficiente para repeler íntegramente el cargo inicial de la recurrente, resalta la Corte que, en puridad, el tribunal de segunda instancia tampoco restó valor a la posición de dominio de Bavaria en el mercado de producción y distribución de cerveza, sino que coligió que no era de la envergadura suficiente para que, aunado a la celebración de contratos de suministro con exclusividades, conllevara a concluir configurado el acto de competencia desleal.

Efectivamente, memórese que el veredicto criticado refirió, con base en el dictamen pericial rendido por Mark Up

-que sentó como punto de partida pacífico en la litis la condición de dominio que ostenta Bavaria en el mercado-, que de 480.522 establecimientos de comercio que venden cerveza Bavaria la comercializa en 307.553; que para el año 2020 ésta compañía contaba con pactos de exclusividad en 28.191, lo que representa un 5.87%; que más del 90% de los almacenes no tienen pactos de exclusividad, por lo que CCC tiene amplio campo de acción para su mercado; que entre los años 2017 y 2020 la participación de la demandante ascendió del 1.45% al 3.85%; que a pesar del aumento considerable de pactos de exclusividad suscritos por Bavaria a partir del año 2017, logrando llegar al 5.87% del total nacional, estos no implican competencia desleal pues desarrollan los principios de libertad de empresa e iniciativa privada.

En el mismo sentido consideró el juzgador *ad-quem* que la peticionaria no demostró que esos acuerdos fueran suscritos en los lugares de mayor reconocimiento y volúmenes de compra de cada uno de los municipios del país, como lo alegó, ni desde el punto de vista geográfico; que el testimonio de Santiago Ambroggio dio cuenta de que la participación de Bavaria en el total de hectolitros vendidos en el año 2020 fue del 20% del mercado; lo cual concuerda con la conclusión del dictamen pericial según la cual fueron incrementadas las ventas con los pactos de exclusividad, evidenciando su eficiencia.

Y respecto de los aludidos convenios en el canal *on premise* (donde el usuario puede consumir el producto dentro

del establecimiento), la prueba documental así como la exposición de la convocada dan cuenta de que Bavaria ha mantenido su posición en distribución numérica y distribución ponderada en la «zona centro y Colombia», con crecimiento de no más del 2%, mientras que la promotora alcanzó distribución numérica de 82% y 78% en la zona centro en sólo 5 meses, lo cual evidencia la irrelevancia de los pactos de exclusividad.

En suma, para el Tribunal sí trascendió la posición de dominio de Bavaria en el mercado de producción y distribución de cerveza, pero fue insuficiente para extractar que ocurrió el acto de competencia de pactos desleales de exclusividad, lo cual descarta la conculcación directa de la ley sustancial, senda por la cual fue erigido el embate casacional.

9. A pesar de todo lo anterior, que conlleva a la desestimación del reproche casacional, merece rectificación la doctrina del tribunal según la cual, para determinar la configuración del acto de competencia desleal de celebración de exclusividades, corresponde al demandante demostrar las actividades desplegadas para posicionarse en el mercado, estar imposibilitado o tener dificultades significativas para igualar o mejorar las condiciones establecidas por su convocado con los suministrados con quienes ajustó exclusividades.

Ciertamente, itérase, con la promulgación de la ley 256 de 1996 el enfoque de la competencia desleal fue dirigido a la

defensa de los consumidores, de allí que tenga como principal objetivo preservar el buen funcionamiento del mercado.

Como se anotó *ut supra* y lo señaló esta Corporación en anterior oportunidad (CSJ SC575 de 2022, rad. 2017-40845), el inicial «modelo profesional» o de corte individualista, inicialmente consagrado en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, sentado sobre criterios de enjuiciamiento sopesados en la incorrección profesional y en razonamientos morales, mutó a un «modelo social» con el establecimiento de deberes objetivos de abstención o reglas objetivas de conducta, y cuyos pilares fundamentales son las políticas de defensa de la competencia (por el Estado, ya que antes se designaba al mercado mismo) y de tutela del consumidor (que se le había otorgado en su totalidad al mercado).

Entonces, el marco legal de competencia desleal ya no sólo vela por los intereses entre los empresarios, también incluye, por demás de forma principal, a los consumidores como sujetos de protección y garantía cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas.

Por consecuencia, en aras de auscultar si ocurrió el acto descrito en el artículo 19 de la ley 256 de 1996 y todos los actos de competencia desleal, resulta desacertado hacer distinciones acerca de la capacidad económica de su denunciante para soportar la presión creada por los

empresarios o comerciantes previamente establecidos, en tanto crearía discriminación dirigida a los interesados en ingresar al mercado; menos aún puede afirmarse que cualquiera práctica es de recibo porque previene el uso parasitario de un mercado en funcionamiento por parte de nuevos actores.

Los parámetros de análisis, por lo tanto, deben corresponder a las condiciones del mercado establecido partiendo del beneficio a favor del consumidor, principalmente, pero no a las características de los interesados en entrar en él, pues exigencias de éste tipo no se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico.

Con otras palabras, la tutela de los consumidores debe ser el primordial pilar para decidir cuándo un acto califica o no como de competencia desleal; y el orden público económico en manera alguna impone que los canales de mercadeo constituyen un activo de los comerciantes u empresarios que los crearon o explotaron inicialmente.

10. Sin embargo, todo lo anteriormente expuesto denota que el cargo es impróspero por lo que así se declarará.

CARGO SEGUNDO

1. Adujo que el veredicto de última instancia conculcó, por vía indirecta, los artículos 2, 19, 21, 22 de la Ley 256 de 1996, 45 del Decreto 2153 de 1992 y 333 de la Constitución Política, debido a errores de hecho en la estimación del

material probatorio que impidieron dar por acreditados los hechos plasmados en la demanda y, por el contrario, permitieron atribuirle a la promotora alegatos ajenos a ella, como que los pactos de exclusividad censurados tenían características de índole cualitativo y fueron acordados en los sitios de mayor crecimiento y volumen de compra.

2. En desarrollo del reproche la recurrente mencionó que fue apreciada de manera errada la Resolución 24329 de 2016 de la Delegatura para la Defensa de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, con la cual autorizó la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, controlante de Bavaria, la cual consideró existente el riesgo de las exclusividades que ésta entidad pudiera suscribir a partir del año 2017, partiendo, según fue considerado en tal acto administrativo, de la estructura del mercado de producción y comercialización de cerveza, las barreras de entrada existentes para futuros competidores producto de la situación favorable de Bavaria, el nivel de dominio que ostenta la convocada porque en ocasiones ha alcanzado el 94% y el 98%, y su capacidad de distribución.

3. Agregó que tampoco fue cabalmente valorado el oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021 de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, que dio cuenta de la magnitud del incremento de exclusividades convenidas por Bavaria y que otros pactos, denominados diversamente («*otros o no específico*», «*preferencia*» y «*exclusividad*»), en

realidad eran de exclusividad; así como que la cantidad de acuerdos allí relacionados no fue tomada en cuenta en el dictamen pericial realizado por Markup.

Por ende, tal documento dejaba al descubierto la equivocada conclusión de esa experticia -fundada solo en la información entregada por la enjuiciada- y, de paso, desvirtúa el número de exclusividades tomada en cuenta por el Tribunal.

En efecto, entre abril y junio de 2020 los contratos de exclusividad informados por Bavaria ascendían a 28.191 y los de «*preferencia*» sumaban 17.625, para un total de 45.816, equivalente al 9.4% de los establecimientos en los cuales se vende cerveza, esto es, muy superior al acogido por el juzgador.

De igual forma, entre octubre-diciembre de 2016 y enero-marzo de 2018 Bavaria pasó de 191 pactos de exclusividad a 55.105, de sumarse los denominados como «*preferencia*», que a voces de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en realidad son pactos de exclusividad, lo que exterioriza su incremento en 28800% (288 veces), o de 14700% (147 veces) de no tenerse en cuenta las denominadas «*preferencias*».

Lo anterior revela, coligió la recurrente, que sí fue acreditado el incremento exponencial de las exclusividades firmadas por Bavaria, con posterioridad al año 2016, por

ende, fue relevante la restricción del acceso a sus competidores.

4. Del mismo modo, hubo errada apreciación del peritaje rendido por Markup, con base en el cual el tribunal no sólo desestimó la pretensión de la demandante sino que coligió eficientes para el mercado las exclusividades acordadas por Bavaria, toda vez que el auxiliar de la justicia dejó expresa constancia de haberse basado solamente en los datos suministrados por la convocada, lo cual tradujo dejar de lado la información expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio a través del oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021, que mostraba pactos de exclusividad muy superiores a los calculados en la experticia (como fue ejemplificado en el numeral inmediatamente anterior), falencia que trasladó el fallador a la sentencia controvertida.

Además, el perito refirió ausencia de datos para proyectar objetivamente la cantidad de exclusividades de Bavaria que impedirían a CCC competir lealmente, por haber elaborado un dictamen de parte y no imparcial según manifestó, evento en el cual también requería información de CCC con la cual no contó; subestimó las exclusividades de Bavaria pues en sus cálculos partió del total de los establecimientos de comercio nacionales, sin detenerse en los atendidos por Bavaria para extraer los niveles de venta que concentra frente al total, de allí que el porcentaje de hectolitros vendidos no corresponde al de los almacenes con los cuales tiene exclusividades sino al universal; y restó

importancia a la posición dominante de Bavaria, cardinalmente, al señalar que no ha copado la totalidad de los expendios de cerveza a nivel nacional con exclusividades.

En adición, el auxiliar de la justicia refirió haber tenido como interrogantes, para realizar el dictamen, si CCC ha podido ingresar al mercado y aumentar o mantener su participación, si cuenta con los medios para superar las barreras de entrada y competir efectivamente, si la cantidad de almacenes con los que Bavaria no tiene exclusividades permite a CCC alcanzar una escala mínima eficiente, y si los propietarios de los establecimientos de comercio con exclusividades tienen la potestad de culminarlas sin quedar sometidos al pago de penalidades.

Sin embargo, los parámetros de la Superintendencia de Industria y Comercio aluden a la existencia de otorgamientos exclusivos dados a una empresa para prestar servicios u ofrecer bienes; licencias, permisos o autorizaciones para operar o cuotas de producción o venta; limitantes dirigidas a la capacidad de determinadas empresas, a la distribución o comercialización de productos, o a su promoción; elevación significativa de los costos de entrada y salida del mercado; barreras geográficas para la libre circulación de bienes, servicios o inversiones; incremento mayúsculo para las nuevas empresas o las que incursionan en un determinado ramo de los costos con respecto a las posicionadas en el mercado; control o influencia palmaria sobre la fijación de precios o el nivel de producción; otorgamiento de trato diferenciado para los nuevos competidores o para

determinados actores del mercado respecto de otros; limitación en la elección de procesos productivos, de organización industrial o de implementación de innovación.

De otro lado, el perito no consideró que la competencia desleal puede reducir la participación de un comerciante en el mercado así como impedir su crecimiento, tal cual ocurre a la demandante según la cantidad de establecimientos con los cuales Bavaria ostenta exclusividades; asimismo, a pesar de colegir que CCC dejó de realizar inversiones para posicionarse, el dictamen carece de análisis acerca de los niveles de inversión de la demandante, ni del que fuera necesario; lo cual, de cualquier manera, no desdice del acto de competencia desleal, como tampoco desvirtúa el incremento de las ventas de la demandante o su cuota en el mercado, pues la competencia desleal también se configura cuando se restringe de forma parcial el acceso de nuevos competidores.

También fue mal evaluada la experticia al no observar que carece de sustento la afirmación de que las exclusividades de Bavaria beneficiaron a los consumidores, pues sólo fue acreditado el incremento de las ventas en esos puntos de expendio y en algunos comercios; así como que CCC incurre en «*free riding*»; y por afirmar que CCC pueden intentar estrategias comerciales para aumentar su participación en el mercado y combatir los efectos de las cláusulas de exclusividad, desprovista de bases acerca de los costos que esto implica.

Igualmente fue equivocada la conclusión, fundada en un cálculo lineal del experto, según la cual las ventas de Bavaria crecieron en un 27.3% en los almacenes con exclusividades porque entre 2016 y 2019 había sido del 2%, pues dicha cuenta muestra una barrera competitiva y que precisamente por los pactos de exclusividad en los establecimientos de mayor expendio crecieron las ventas de Bavaria a una tasa superior a las de sus competidores, máxime si no justificó por qué ese cálculo fue fruto de estas exclusividades o que se tradujo en eficiencias para todo el mercado o para el consumidor final.

5. Adicionalmente, el testimonio de Santiago Ambroggio fue mal considerado porque, en su condición de Director de Tecnología de Ventas y Televentas de Bavaria, informó que sus ventas de cerveza alcanzan participación del 95.7% o 95.8% de todo el mercado nacional; que medidas en hectolitros en establecimientos con exclusividades -sin incluir los que también las tienen pero denominadas por Bavaria con otro adjetivo añadió la recurrente-, representaron para el 2017 el 18.6%, para el 2018 el 17.8%, para el 2019 el 25.4% y para el 2020 el 20% de toda la industria, lo cual evidencia el gran impacto de estos almacenes vinculados con exclusividades para restringir la libre competencia, más tratándose de compañía dominante en el mercado, al paso que CCC tuvo en el año 2017 el 1.47% del mercado y en el 2020 el 3.85%; que el equipo legal y de cumplimiento de Bavaria ha recomendado no superar el 20%; que las exclusividades pactadas por Bavaria correspondientes al canal *on premise*, a que refiere la

demanda, ascienden al 60%; y que el análisis de la representatividad de los clientes con exclusividades no es lineal.

6. La demanda de igual forma fue mal interpretada, pues el tribunal aseveró que la demandante no probó el índole cualitativo del incremento de las exclusividades pactadas por Bavaria ni que fueron convenidas en los lugares de mayor crecimiento y volumen de ventas en cada municipio del país, a pesar de que estas distinciones no están plasmadas en el libelo iniciador de esta contienda.

Mientras que CCC alegó que la conducta desleal endilgada a la enjuiciada fue producto del incremento sustancial de pactos de exclusividad en el canal *on premise*, porque generó barreras para la competencia de aquella, el tribunal extractó que lo criticado fue la celebración de pactos de exclusividad con los establecimientos de mayor reconocimiento y volumen de compra, así como que los fundamentos fácticos del libelo referían características de índole cualitativo, interpretación que evidencia un error de hecho monumental.

7. Todos los anteriores yerros, adujo la censura, llevaron a la sede judicial *ad-quem* a concluir que no fue acreditado el detrimento de la competencia producto de los pactos de exclusividad suscritos por Bavaria, a partir del año 2017, a pesar de la idoneidad de dichos convenios para generar ese efecto pues limitaron significativamente el ingreso de competidores, y que por el contrario concluyera

que sí produjeron eficiencia en el mercado de cerveza en Colombia.

CONSIDERACIONES

1. El numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso consagra que el escrito con que se promueve la casación debe contener *«[l]a formulación, por separado, los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa.»*

Y es que este recurso, por su naturaleza extraordinaria, impone al censor el respeto de reglas técnicas orientadas a facilitar la comprensión de los argumentos con que pretende rebatir los sustentos del proveído atacado. De ello se deriva la aplicación del principio dispositivo, en cuya virtud esta Corporación no puede subsanar las deficiencias observadas en la demanda de casación.

Así lo tiene advertido la Sala al exigir que *«[s]in distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos»* (CSJ AC7250 de 2016, rad. 2012-00419-01).

No podría ser de otra forma, pues la impugnación está en manos del recurrente, quien establece los motivos y las razones que en su sentir pueden dar lugar a la casación, sin que el órgano de conocimiento pueda sustituir al legitimado en su argumentación, ya que asumiría el rol de un juez de instancia y suplantaría al censor¹⁶.

1.1. Pues bien, visto el segundo cargo de la recurrente concluye esta Corporación que carece de todas las exigencias formales imperativas para la casación, por lo que está llamado al fracaso, en tanto aduce hechos nuevos, esto es, aquellos no alegados en las instancias del juicio, en contravía del inciso 2º del literal a) del numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso, a cuyo tenor *«[e]n caso de que la acusación se haga por violación indirecta, no podrán plantearse aspectos fácticos que no fueron debatidos en las instancias.»*

En efecto, una de las críticas del embate alude a que CCC alegó, en el libelo introductorio de la contienda, que la conducta desleal endilgada a la enjuiciada fue producto del incremento sustancial de pactos de exclusividad en el canal *on premise*, la cual generó barreras para la competencia de aquella, distinción que no tuvo en cuenta el tribunal.

No obstante que, ciertamente, la demanda de la promotora contiene la referida crítica puntual, igual de

¹⁶ Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, J.M. Bosh, Barcelona, 1998.

verídico es que en la audiencia inicial del juicio¹⁷ quedó fijado el litigio indicándose que, «*[d]e no configurarse la prescripción, debe establecerse si existió un incremento desmesurado en la suscripción de contratos de patrocinio a partir del año 2017 entre Bavaria y diferentes propietarios de establecimientos en los que se comercializada cerveza, y si debido a ello esta sociedad ha incurrido en los actos de competencia desleal de: pactos desleales de exclusividad contemplado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 y violación a la prohibición general establecida en el artículo 7 de la misma ley.*»

Es decir que la litis fue adelantada sin la distinción que ahora pregona la promotora y de tal forma la sentencia de primera instancia¹⁸ estimó parcialmente las pretensiones, y aun cuando dicho extremo procesal apeló ese veredicto, en el escrito de alzada¹⁹ guardó silencio respecto de la segregación que pretende revivir en esta sede extraordinaria.

En otros términos, enfocar la conducta desleal endilgada a la demandada únicamente en el incremento sustancial de pactos de exclusividad en el canal *on premise* corresponde a un alegato abandonado desde los albores del litigio, por lo que no puede reaparecer en casación.

Lo anterior en la medida en que esa mutación argumentativa, en desmedro del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendor,

¹⁷ Audiencia de 30 de marzo de 2021. Folios 1355 a 1359, cuaderno 19108051Unido.pdf

¹⁸ Folios 1734 a 1758, cuaderno 19108051Unido.pdf

¹⁹ Folios 1945 a 1951, cuaderno 19108051Unido.pdf

debe ser repelida en este escenario, por tratarse de un alegato sorpresivo que la doctrina denomina «*medio nuevo*», esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico.

Esto porque, como lo ha puntualizado la Corporación, avalar en el curso del juicio un alegato o una prueba, expresa o tácitamente, y criticarla sorpresivamente en este escenario extraordinario, denota incoherencia en quien procede de tal manera, actuar que por desleal no es admisible comoquiera que habilitaría la conculcación del derecho al debido proceso de su contraparte, habida cuenta que vería cercenadas las oportunidades de defensa reguladas en las instancias del juicio, característica que no tiene el recurso de casación.

De igual manera impondría juzgar la decisión del tribunal con base en supuestos no expuestos por los litigantes ante ese estrado judicial y, por contera, extraños a la materia objeto de la sentencia.

Esa falencia basta para la desestimación del reclamo, pues este órgano de cierre tiene doctrinado, de antaño, que:

(...), aunque podría obviarse, no puede la Corte dejar de señalar que el reparo esgrimido frente al oficio de 17 de febrero de 1992 emanado de la Comisaría de Familia de Ibagué (C. 1, fl. 9), consistente en que “es una copia simple, que no reviste la calidad de documento público, y que no ha sido autenticado, como ha debido serlo para haber sufrido la ritualidad de ser refutado; como tampoco es documento privado porque no proviene del actor en el proceso, por no estar autorizado por el

mismo, ni tampoco aparece la firma impresa de dicho sujeto...”, de donde el acusador colige la comisión de un “error de derecho por apreciación errónea” (C. Corte, fls. 11, 15, 16 y 17), emerge como un tema novedoso y sorprendente en casación, pues no se aludió a él con anticipación, por lo que no puede sacarse a relucir a estas alturas, de modo más que extemporáneo. Ciertamente, nada dijo el censor cuando el documento cuestionado se aportó junto con el escrito de formulación de la excepción previa (C. 2, fls. 1 - 3), así como también calló de cara a los autos de 14 de junio de 2001 y 30 de enero de 2002, por los cuales el juez del conocimiento decidió tener tal elemento como prueba (C. 1, fls. 21 y 22; C. 2, fls. 7 y 8), actitud pasiva esta que, además, observó en las restantes ocasiones que tuvo a disposición, en las que, como se dijo, no expuso ninguna objeción formal acerca del medio. En el punto, insistentemente se ha precisado que “toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación.” (CSJ SC-041 de 2005, rad. 2001-00198-01).

Y en otra oportunidad consideró sobre dicha temática que:

En salvaguardia de caros principios del proceso, en concreto, la lealtad y buena fe, se encuentra prohibido que el casacionista invoque como fundamento de su queja aspectos que no fueron alegados en el curso del trámite o que, al momento de apelar, fueron abonados.

Es pacífico que:

[U]n alegato sorprendente que la doctrina denomina ‘medio nuevo’, esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico o... para revivirlo a pesar de que lo abandonó expresamente, debe ser repelido en el escenario extraordinario, por ir en desmedro ‘del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendora’ (SC131, 12 feb. 2012, rad. n.º 2007-00160-01).

Total, si las partes voluntariamente dejan por fuera de controversia algunas materias, no puede permitirse que con posterioridad sean introducidas de forma extemporánea e intempestiva, menos aún en el trámite de la casación, pues este remedio está limitado a las precisas causales señaladas por el legislador y su objeto se acota a la sentencia de segundo grado, razón para repeler su utilización como un nuevo grado jurisdiccional (cfr. SC, 16 jul. 1965, GJ n.º 2278-2279, p. 106).

En otros términos, ‘este instrumento extraordinario no habilita un nuevo juzgamiento de la controversia, sino que se circunscribe a la evaluación de la providencia censurada a la luz de los yerros que le son endilgados por el recurrente. Así las cosas, no puede emplearse para retomar el estudio de la causa petendi y, menos aún, innovar en los hechos que le sirven de soporte’ (SC19300, 21 nov. 2017, rad. n.º 2009-00347-01)... (SC003, 18 en. 2021, rad. n.º 2010-00682-01).

(...)

En desatención de esta regla técnica, en el embate formulado, los recurrentes plantearon una cuestión que no fue objeto de réplica en el traslado de la apelación propuesta por el demandante, ni invocada como fundamento de la alzada propia. (CSJ AC4922 de 2021, rad. 2015-00730-02).

En suma, como en el alegato expuesto en segunda instancia para sustentar la alzada radicada frente al fallo del *a-quo* la accionante omitió fundar su inconformidad en que la conducta desleal endilgada a la convocada únicamente debía enfocarse en el incremento sustancial de pactos de exclusividad en el canal *on premise*, no es dable que, sorpresivamente en sede casacional, planteé tal argumentación.

1.2. Como si lo anterior fuera poco, el cargo tampoco expuso si las pruebas relacionadas fueron pretermitidas, supuestas o alteradas en su contenido material, ya por adición, cercenamiento o tergiversación, modalidades que

corresponden al error de hecho en que incurre el juzgador *ad-quem*.

Itérase que el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta cometiendo: I) errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o; II) de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)' (CSJ, SC9680, 24 jul. 2015, rad. 2004-00469-01).

Empero de las aludidas modalidades que configuran en el error fáctico (pretermisión, suposición o tergiversación), la

recurrente en su reproche, a modo de alegato de instancia, solamente indicó que el juzgador de última instancia valoró de forma errada los elementos probatorios, olvidando que la apreciación paralela del acervo probatorio, por más plausible que sea, no implica el yerro de hecho susceptible de invocación por vía casacional, habida cuenta de la presunción de certeza y legalidad de que está investida toda sentencia judicial, de allí que la pifia requiera de las características de gravedad y notoriedad, al punto que cualquier observador note la arbitrariedad.

Por lo tanto la censura tampoco es de recibo toda vez que no fue formulada guardando la técnica debida.

2. No obstante la suficiencia de las anteriores falencias técnicas para desechar el cargo bajo estudio, lo cierto es que, haciendo abstracción de ellas e interpretando la censura, tampoco sería próspera, como pasa a verse:

2.1. En primer lugar, no hubo error de hecho (por omisión) en la valoración probatoria de la Resolución 24329 de 2016 de la Delegatura para la Defensa de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, con la cual autorizó la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, pues tal acto administrativo da cuenta de la producción y comercialización de cerveza en el año 2016.

Por su parte, en la presente contienda judicial se pidió proclamar que Bavaria incurrió en el acto de competencia

desleal prohibido en el artículo 19 de la ley 256 de 1996, de celebración de pactos desleales de exclusividad, tras el incremento desmesurado en la suscripción de contratos de patrocinio con diferentes propietarios de establecimientos de comercio en los que se expende cerveza, a partir del año 2017.

Con otras palabras, la época de ocurrencia de los supuestos hechos de competencia desleal (del año 2017 en adelante) difiere de la indicada en el acto administrativo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual estableció la composición de la producción y comercialización de cerveza para el año 2016, de donde brota irrelevante ésta determinación para tenerla como prueba del acto de competencia desleal auscultado o de las circunstancias que lo rodearon.

Por supuesto que la composición del mercado puede variar de un año al inmediatamente siguiente, al punto que esto es, precisamente, lo que alegó la accionante en su libelo. De no ser así la censura traduciría, a la par, una crítica a la Resolución 24329 de 2016 de la SIC por permitir que desde el mismo año 2016 ocurriera el acto de competencia desleal endilgado a Bavaria, no obstante que CCC ha sido enfática en utilizar a su favor tal acto administrativo, como punto de partida de sus alegatos.

2.2. Tampoco hubo yerro (tergiversación) en la interpretación del libelo genitor del pleito, en tanto que, como precedentemente quedó sentado (núm. 1.1.), correspondió

con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial del juicio, en la cual las partes concertaron que la contienda estaba destinada a decantar *«...si existió un incremento desmesurado en la suscripción de contratos de patrocinio a partir del año 2017 entre Bavaria y diferentes propietarios de establecimientos en los que se comercializada cerveza, y si debido a ello esta sociedad ha incurrido en los actos de competencia desleal de: pactos desleales de exclusividad contemplado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 y violación a la prohibición general establecida en el artículo 7 de la misma ley.»*

Y vista la pretensión judicial de Central Cervecera desde tal óptica -por demás amplia-, no se muestra desacertado que el tribunal le exigiera prueba de que el incremento de las exclusividades suscritas por Bavaria fueron convenidas en los lugares de mayor crecimiento y volumen de ventas en cada municipio del país.

Claro resulta, entonces, que ésta imposición probatoria guarda relación con el reclamo judicial de CCC, al punto que ésta relató en su libelo que *«[l]a demandada, a partir de la integración entre AB INBEV y SABMILLER PLC, con su posición dominante en el mercado, ha venido generando, con cláusulas de exclusividad, una obstrucción en la comercialización de la cerveza en el canal on premise, especialmente en los establecimientos de comercio de mayor reconocimiento y*

volumen de compra en cada uno de los principales municipios del país»²⁰.

Así las cosas, no fue mal interpretada la demanda con la que la peticionaria dio inicio a la presente controversia judicial.

2.3. Igualmente la Corte descarta la tergiversación del testimonio de Santiago Ambroggio, porque de esa prueba el Tribunal solo extrajo que la participación de Bavaria en el total de hectolitros vendidos en el año 2020 fue del 20% del mercado, lo cual concuerda con la propia alegación de la recurrente, en tanto así lo señaló expresamente en su cargo.

Asunto muy distinto es que para el juzgador de última instancia tal porcentaje no sea suficiente para concluir fundado el acto de competencia desleal bajo estudio y, en contraste, lo llevara a colegir que los pactos de exclusividad ajustados por la accionada desarrollaron el mercado de forma eficiente, al incrementar las ventas de cerveza.

Es decir que ésta conclusión, de la cual difiere la recurrente según se desprende con nitidez de su censura, no fue producto de la estimación del mencionado medio suasorio testimonial, sino que correspondió a la percepción del ordenamiento jurídico que regula el acto de competencia desleal denominado pactos desleales de exclusividad.

²⁰ Folio 128, cuaderno 19108051Unido.pdf

3. Ahora bien, la Corte sí encuentra error de hecho (por pretermisión) en la apreciación del oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021 de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio²¹, toda vez que el juzgador colegiado lo omitió a pesar de que muestra la cantidad de establecimientos de comercio con los cuales Bavaria había pactado exclusividades, medida que, valga señalarlo de entrada, resultaba trascendente en la litis y difiere de la que sirvió de base el dictamen pericial rendido por Markup y acogido íntegramente en el fallo criticado.

En efecto, como prueba fue solicitada a la Superintendencia de Industria y Comercio información acerca del «...*número de establecimientos con exclusividades vigentes reportados por Bavaria S.A. en el expediente 2015-306376, que se hayan reportado desde el año 2016 hasta el año 2020.*»

Estos datos reposaban en la SIC en la medida en que la adquisición por Anheuser-Busch Inbev S.A./NV de las acciones de Sabmiller PLC, controlante de Bavaria, autorizada a través de la Resolución 24329 de 2016 de la Delegatura para la Defensa de la Competencia, quedó condicionada, entre otros supuestos, a que «...*por un plazo de cinco (5 años) el AGENTE INTEGRADO estará obligado a presentar los siguientes reportes de información: (i) La inversión en publicidad discriminada por marca y por medio*

²¹ Folios 299 a 354, cuaderno 19108051Unido.pdf

publicitario, es decir, en SATL, BTL y TTL. (ii) Listado de establecimientos con exclusividades vigentes, indicando claramente las condiciones pactadas en cada una de ellas, el nombre completo y la ubicación de los establecimientos cubiertos (ciudad y departamento). (iii) costo para el AGENTE INTEGRADO asociado a cada una de las exclusividades reportadas, así como las ventas en valor (pesos colombianos) y volumen (hectolitros). (iv) Nuevas marcas incorporadas al portafolio del AGENTE INTEGRADO, independientemente del segmento al que pertenezcan (premium – popular).»

La Superintendencia contestó la solicitud probatoria con remisión al plenario del oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021, en el cual insertó el siguiente cuadro, correspondiente a los reportes remitidos a ella por la propia Bavaria:

REPORTE No.	Tipo de Documento	FECHA	RADICADO	Periodo	Establecimientos por Tipo de Acuerdo			
					Otros o No Especifico	Exclusividad	Preferencia	Total
1º	Informe	09/02/2017	15-306376-093	Jul - Sep / 2016	191			191
				Oct - Dic / 2016	136			136
2º	Informe	14/08/2017	15-306376-098	El CD venia sin información				
	Aclaración Informe	13/09/2017	15-306376-101	Ene - Mar / 2017	2.460			2.460
3º	Informe	07/02/2018	15-306376-106	Jul - Sep / 2017	14.175			14.175
				Oct - Dic / 2017	13.535			13.535
4º	Informe	14/08/2018	15-306376-114	Ene - Mar / 2018	7.395	25.613	7.043	40.051
				Abr - Jun / 2018	7.287	35.566	12.162	55.015
5º	Informe	08/02/2019	15-306376-122	Jul - Sep / 2018		29.757	23.222	52.979
				Oct - Dic / 2018		28.022	25.636	53.658
6º	Informe	13/08/2019	15-306376-124	Ene - Mar / 2019		26.481	23.737	50.218
				Abr - Jun / 2019		28.211	20.960	49.171
7º	Informe	11/02/2020	15-306376-129	Jul - Sep / 2019		33.224	15.221	48.445
				Oct - Dic / 2019		28.204	17.607	45.811
8º	Informe	14/08/2020	15-306376-147	Ene - Mar / 2020		27.239	14.855	42.094
				Abr - Jun / 2020		28.191	17.625	45.816
9º	Informe	16/02/2021	15-306376-150	Jul - Sep / 2020		27.736	17.475	45.211
				Oct - Dic / 2020		26.797	17.483	44.280

En adición, la SIC indicó que «...la clasificación por “Tipo de Acuerdo” que aparece en el documento corresponde a una clasificación propia que Bavaria S.A. empleó para efectos de

reportar la información. Sin embargo, existen elementos de juicio que permiten concluir que todos los acuerdos que pertenecen a esa clasificación corresponden a exclusividades pactadas con establecimientos de comercio. Esta conclusión se sustenta en que, de conformidad con el condicionamiento impuesto mediante Resolución N.º. 24329 de 2016, Bavaria S.A. tiene la obligación de presentar reportes que incluyan un “listado de establecimientos con exclusividades vigentes”. En consecuencia, todos los tipos de acuerdo contenidos en los reportes -que están relacionados en el cuadro- corresponden a relaciones comerciales en las que están incluidas exclusividades, pues esa era la condición para que Bavaria S.A. tuviera que reportarlas.»

En suma, la SIC remitió información sobre la cantidad de acuerdos con exclusividades que Bavaria había suscrito con establecimientos de comercio, del año 2016 hasta el año 2020, relevante para de auscultar si ocurrió el acto de competencia desleal endilgado por la promotora, prueba documental que el Tribunal pretirió por completo.

4. Del mismo modo hubo error fáctico en la apreciación del dictamen pericial elaborado por Markup y allegado por la convocada con su escrito de réplica al libelo, puesto que el veredicto criticado lo acogió a pesar de su insuficiente y parcializada fundamentación.

4.1. Efectivamente, no obstante la información contenida en el oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021 de la Delegatura para la Protección de la

Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, según la cual Bavaria tenía distintos tipos de acuerdos que incluían exclusividades denominados «exclusividades», «preferencias» y «otros o no especificados», el peritaje solo incluyó los primeros y excluyó los demás, al punto que así lo reconoció expresamente al señalar que *«...para efectos de este análisis se realizará el análisis individual por tipo de exclusividad y luego el agregado. **Igualmente, se excluirán los acuerdos entre BAVARIA y los propietarios de establecimientos que únicamente hayan pactado preferencia al no imponer una restricción vertical. Adicionalmente, según información allegada al Perito por BAVARIA (Ver Anexo 4), a partir del año 2018 BAVARIA unificó las cláusulas en dos: i) exclusividad de publicidad y venta; y ii) preferencia en publicidad y venta, lo cual hace que se supere este debate y explica que las cifras del Perito migren a partir de 2018 hacía exclusividad únicamente.»***²² (Resaltado impropio).

Recuérdase, porque viene al caso, que en el libelo fue deprecada la declaratoria de competencia desleal derivada de pactos de exclusividad ajustados por Bavaria que tenían por objeto la venta de cerveza, así como por los acuerdos de preferencia relativos a la publicidad en favor de la misma empresa, lo cual mostraba que ambos aspectos (venta de cerveza y publicidad) eran materia de la controversia.

²² Folio 1155, cuaderno 19108051Unido.pdf

Además, la transcripción plasmada en la pericia²³ de las cláusulas descriptoras del objeto del pacto de «*exclusividad en publicidad y venta*» así como la del acuerdo de «*preferencia en publicidad y venta*», adoptados por Bavaria a partir del año 2018, denotan que realmente no existía diferencia entre los dos acuerdos:

«EXCLUSIVIDAD EN PUBLICIDAD Y VENTA. De acuerdo a lo establecido en el respaldo, el Patrocinio le concederá por el presente contrato a la Empresa la exclusividad en venta de Cerveza y maltas, además de la publicidad, promociones y activaciones de cervezas y maltas en el (los) Establecimiento(s). En consecuencia, el patrocinado se abstendrá de celebrar contratos o realizar actividades, adquirir obligaciones o cumplir prestaciones similares al as (sic) contenidas en este contrato, con otras empresas en las categorías de producto antes mencionadas.»

«PREFERENCIA EN PUBLICIDAD Y VENTA. De acuerdo a lo establecido en el respaldo, el Patrocinado le concederá por el presente contrato a la Empresa la **preferencia** en venta de Cerveza y maltas, además de la publicidad, promociones y activaciones de cervezas y maltas en el (los) Establecimiento(s). En consecuencia, **en caso de que aplique**, el patrocinado se abstendrá de celebrar contratos o realizar actividades, adquirir obligaciones o cumplir prestaciones similares a las contenidas en este contrato, con otras empresas en las categorías de producto antes mencionadas.» (Resaltó la Corte).

Tal cual lo muestra la comparación de las dos cláusulas, sus diferencias, resaltadas por la Sala intencionalmente, aluden únicamente al cambio de su título (exclusividad por preferencia), porque realmente el objeto en las dos puede calificarse como idéntico.

²³ *Ibidem*.

Así las cosas, el auxiliar de la justicia fundamentó su concepto únicamente en la información que le remitió Bavaria, lo cual implicó error en sus cálculos debido a que aquellos datos eran inferiores a la real cantidad de exclusividades acordadas por Bavaria, aspecto que el Tribunal pasó por alto.

4.2. Como si lo anterior fuera poco, el dictamen pericial sentó lo siguiente, para contestar el interrogante de ¿[e]n Colombia, en cuántos establecimientos de comercio se vende cerveza al público?:

«El Anexo 3.2. contiene el universo de establecimientos para el periodo comprendido entre el segundo semestre de 2018 a la fecha, con base en el índice Nielsen de Detallistas según el cual “[l]a información se obtiene a través de la auditoría a una muestra continua de establecimientos detallistas (autoservicios, tiendas tradicionales, tiendas sociales, bares, discotecas, restaurantes, cafeterías y panaderías, licorerías), distribuida a lo largo de todo el territorio nacional. **Debido a que es una muestra del mercado y por lo tanto no refleja la totalidad del mercado del país, es un resultado estadístico**”. El Perito no encontró una base de datos pública que agregara todos los establecimientos de comercio autorizados para el expendio de cervezas, motivo por el cual esta aproximación estadística es el mejor proxy para responder la pregunta. Adicionalmente, el perito reconoce que el número de establecimientos puede ser mayor dado que este universo se trata de una muestra.»²⁴ (Destacado ajeno).

Es decir que los cálculos del dictamen pericial se fundaron, en cuanto a la totalidad de establecimientos de comercio expendedores de cerveza en el país, de una base o muestra estadística, pero no de un dato certero y verídico.

²⁴ Folio 1150, cuaderno 19108051Unido.pdf

Sumado esto a la información parcial de los establecimientos con los cuales Bavaria tenía signados exclusividades, colígese indefectiblemente que las conclusiones de la experticia no son las reales.

4.3. De otro lado, en cumplimiento al numeral 6 del artículo 226 del Código General del Proceso, el peritaje dejó constancia de que la firma Markup «...ha rendido estudios económicos en dos trámites de control a las integraciones empresariales ante la Superintendencia de Industria y Comercio» -los cuales describió-, que «[e]n ambos trámites el apoderado de la parte es el...» mismo gestor judicial que en este juicio representa a Bavaria, y que los profesionales que intervinieron en aquellos estudios económicos son quienes en esta oportunidad juntaron esfuerzos para la labor pericial encomendada por Bavaria.

Aunque dicha concurrencia no impone desestimar el peritaje de forma automática, sí asigna a la administración de justicia el deber de analizarlo con mayor rigor y celo, habida cuenta que la continua elaboración de dictámenes periciales por profesionales para una misma parte o apoderado judicial podría afectar la objetividad e imparcialidad del perito, ya sea persona natural o jurídica, producto de la creación de vínculos económicos, profesionales e incluso laborales, entre otros.

Precisamente para que el funcionario judicial evalúe estas circunstancias el Código General del Proceso incluyó,

en su regla 226, la obligación para el auxiliar de la justicia de indicar quiénes participaron en la elaboración de la experticia, la descripción de los juicios en que ha rendido otros conceptos, incluidas las partes y los profesionales del derecho intervinientes en dichas causas, si ha realizado otros peritajes a petición de alguna de las partes o gestores judiciales, entre otras menciones.

Es que no obstante la potestad de los intervinientes en una contienda judicial para aportar los trabajos periciales, estos estudios deben acatar el mandato contenido en el artículo 235 de la obra en cita, según el cual *«[e]l perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.»*

En el *sub lite*, el tribunal olvidó tal tarea valorativa, que lo hubiera llevado a indagar con mayor rigor y celo la experticia, para concluir que se erigió en bases inidóneas e incompletas, así como que la imparcialidad de los peritos podría estar afectada, al punto que dieron conceptos sobre aspectos de derecho, en desmedro del inciso 3 del canon 226 referido, el cual consagra que *«[n]o serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.»*

En efecto, en los cuestionamientos 2.1. y 3.1. del trabajo pericial la firma auxiliar de la justicia fue indagada sobre *«¿[b]ajo qué circunstancias la existencia de cláusulas de*

exclusividad en venta puede ocasionar un riesgo de restricción al acceso de competidores al mercado?».

4.4. En suma, el dictamen pericial elaborado por Markup, allegado por la convocada con su escrito de réplica al libelo y fundante parcialmente de la decisión del tribunal, carecía de cabal fundamentación e imparcialidad -pues sólo tuvo en cuenta la información suministrada por Bavaria-, aspectos en que el fallo criticado no reparó, incurriendo en error de hecho en su estimación.

Sobre el punto pertinente es memorar que, en relación con la valoración de toda experticia, la Sala doctrinó que *«...el error de hecho, en la apreciación del concepto de peritos, conforme lo ha dicho la Corte, puede surgir cuando el juzgador desacierta al sopesar alguno de dichos aspectos, así sea la misma ley la que prescribe al juez ese comportamiento al apreciar el concepto pericial. En efecto, ello puede ocurrir si el juez lo estima infundado cuando aparece lo contrario, o lo reputa concordante con otras pruebas siendo que en ninguna halla respaldo, o lo estima claro y preciso cuando su contenido es inasible para el intérprete, casos estos que sin duda significan, junto con otros posibles, la estructuración del yerro en torno a la objetividad del medio.»* (CSJ SC 141 de 2002, rad. 6148; en el mismo sentido SC3941 de 2020, rad. 2011-00643-01).

5. No obstante los dos errores de hecho en que incurrió el juzgador *ad-quem* en la estimación del acervo probatorio,

el cargo no se abre paso en tanto la Corte colige la intrascendencia de las citadas pifias.

Memórese que, como inveteradamente lo ha expuesto la Corte, para la prosperidad de un reproche casacional el recurrente tiene la carga de evidenciar el alcance del desacierto en relación con el sentido decisorio de la sentencia recurrida, esto es, no basta con la demostración de alguna modalidad de error, también es menester poner de presente que de no haber ocurrido esa falencia el veredicto habría sido favorable a sus intereses.

Concerniente a este requisito de prosperidad de la casación la Sala tiene sentado que:

Recuérdese que el error a que alude el segundo motivo de casación previsto en el artículo 336 del Código General del Proceso (...), debe ser de tal magnitud que incida adversamente en la forma como se desató el litigio, produciéndose un resultado contrario al legal.

Sobre el punto tiene dicho la Sala que la prosperidad del recurso de casación:

«... está sujeta a que se identifiquen las partes y la sentencia impugnada, se elabore una síntesis del proceso y de los hechos materia del litigio, a más de la exposición de los fundamentos de cada acusación de manera separada, clara, precisa, completa, enfocada y demostrando su trascendencia, pues, de no ocurrir esto, será procedente repeler, total o parcialmente, el escrito con que pretende sustentarse el mecanismo. Esto implica que no se incurra en (...) intrascendencia (como ocurre cuando se traen a colación defectos que no conducen al quiebre del fallo).» (CSJ SC878 de 2022, rad. 2014-00215-01, entre otras).

Y precisamente ésta exigencia (trascendencia) se encuentra incumplida en el cargo bajo estudio, habida

cuenta que, desechando el dictamen pericial rendido por Markup y valorando el oficio el oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021 de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, tampoco se llega a concluir acreditados los supuestos necesarios para declarar que las exclusividades suscritas por Bavaria traducen la incursión en pactos desleales de competencia.

De un lado, por la carencia de prueba en el plenario respecto a los efectos de la cantidad de exclusividades ajustadas por la demandada con diversos establecimientos de comercio, almacenes o expendedores de cerveza, esto es, que llegan a generar distorsión del mercado de la magnitud suficiente para colegir que se configura restricción para el acceso a los competidores o monopolio en la distribución de cerveza en el país.

Como se anotó en el estudio del primer embate de la recurrente, para llegar a tal aseveración forzoso resulta demostrar, con base en las características de cada localidad, municipio, departamento o a nivel nacional, así como teniendo en cuenta las posibilidades de acceso de los usuarios finales del producto, que la exclusividad o exclusividades reportan efectos nocivos para el mercado de cada región o del país, habida cuenta que no basta con equiparar las exclusividades insertas o anexas en un contrato de suministro signado con el único establecimiento de comercio expendedor de cerveza en una localidad, de cara

a la signada con ese almacén cuando existen más puntos de venta que carecen de exclusividades.

Tampoco se puede igualar las exclusividades acordadas con el propietario del establecimiento de comercio ubicado en lugar de difícil acceso (sólo fluvial o terrestre a través de vías destapadas), propio en la geografía nacional, respecto a las estipuladas con el dueño de almacén situado en la capital de un departamento o en un municipio que cuenta con múltiples opciones de ingreso (aérea, terrestre, fluvial, etc.).

Las peculiaridades de cada localidad o región así como de un determinado mercado, entre muchas otras circunstancias que pueden llegar a ser relevantes, son las que permiten concluir cuándo las exclusividades insertas o anexas a los contratos de suministro suscritos con los establecimientos de comercio existentes en un lugar determinado pueden limitar el acceso de otros competidores, porque en sitios en los cuales concurren diversos almacenes expendedores ésta pluralidad desvirtúa la competencia desleal producto de la suscripción de exclusividades acordadas con uno de ellos.

Y en el *sub judice* brillan por su ausencia elementos probatorios acerca de estas circunstancias, en tanto la demandante erigió su pretensión en el propósito que tuvo Bavaria con la suscripción de los referidos pactos de exclusividad, sin parar mientes en los demás requisitos necesarios para la configuración del acto de competencia

desleal bajo estudio, consignados en la resolución del primer embate casacional.

5.2. De otro lado, de adoptarse una visión panorámica del mercado de cerveza, esto es, a nivel nacional, la conclusión de la Sala tampoco variaría en la medida en que, como lo expuso la propia solicitante en su segundo reproche, partiendo de la cantidad de exclusividades suscritas por Bavaria y reportadas por la SIC a través del oficio 19-108051-009200-0000 de 26 de abril de 2021, en las épocas de más aumento, como por ejemplo entre abril y junio de 2020, las informadas ascendían a 45.816, equivalente al 9.4% de los establecimientos en los cuales se vende cerveza.

Es decir que las exclusividades denunciadas no superarían el 10% del mercado nacional, si se tratara de adoptar una visión así de general, resultado insuficiente para declarar que Bavaria restringe el acceso de sus competidores.

De igual manera, conforme al testimonio de Santiago Ambroggio y tal cual lo valoró el tribunal, la participación de Bavaria en el total de hectolitros vendidos en el año 2020 en los establecimientos que tienen suscritas exclusividades fue del 20% del mercado, al margen de que sus ventas de cerveza alcanzan una participación del 95.7% o 95.8% de todo el mercado nacional.

Es decir, el aludido porcentaje es exiguo para llevar a la conclusión implorada por la recurrente, en razón al restante

mercado, muy superior y abierto a la intervención de los demás competidores.

5.3. En este orden de ideas, ante la falta de acervo probatorio que desvirtúe las anteriores conclusiones debe avalarse la conclusión del tribunal, según la cual no fue acreditada la celebración por parte de Bavaria de pactos desleales de exclusividad restrictivos del mercado o monopolizadores de la distribución de cerveza.

6. De todo lo analizado emerge que el juzgador *ad quem* no incurrió en todos los errores *in iudicando* a él enrostrados, sólo en dos de las falencias fácticas que le fueron atribuidas, las que de cualquier manera resultan intrascendentes para casar su veredicto, lo que conlleva la frustración de la impugnación extraordinaria.

No habrá imposición de costas en razón a la rectificación doctrinaria realizada, al tenor del inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. NO CASAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que Central Cervecera de Colombia S.A.S. promovió contra Bavaria S.A., hoy Bavaria & Cía. S.C.A.

Segundo. Sin condena en costas.

En firme esta providencia devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese,

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 2FE7F9B11AAFC8775E3233704A4484D4B8742D035FDA0B24A1DA76EF3B669F22

Documento generado en 2023-09-26