



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

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC370-2023

Radicación n.º 11001-31-99-001-2016-02106-01

(Aprobado en sesión virtual de veinticuatro de agosto de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Decisión del recurso de casación de Comunicaciones Tech y Transporte S.A. – Cotech S.A. (en adelante Cotech) frente a la sentencia que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, profirió el 18 de junio de 2020 en el proceso declarativo que promovió contra Uber B.V., Uber Technologies, Inc. y Uber Colombia S.A.S. (en adelante, respectivamente, Uber Tech y Uber Col).

ANTECEDENTES

1. Cotech pidió declarar que las demandadas incurrieron en desviación de la clientela y violación de las normas de competencia, con el fin de que se les ordene cesar de inmediato la prestación ilegal del servicio de transporte individual de pasajeros en vehículos con las denominaciones Uber, Uber X y Uber Van mediante el uso de la aplicación electrónica Uber o cualquier otra, y se les instruya dejar de utilizar el contenido, acceso y prestación del servicio

mediante la referida aplicación en Colombia hasta que lo ofrezcan según las normas aplicables; requirió comunicar a los prestadores de servicios de telecomunicación de telefonía habilitados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que cesen la transmisión, alojamiento de datos, acceso de redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier servicio de intermediación relacionado con la aplicación Uber, así como oficiar a ese Ministerio para que intime a las convocadas con la misma finalidad, y ordenar la adopción de las medidas necesarias para evitar que continúen los actos de competencia desleal. Aunque inicialmente Cotech pretendió ser indemnizada en \$600.000.000, durante el trámite de instancia se aceptó su desistimiento de esa solicitud.

Sustentó las pretensiones en su habilitación para la *«prestación, producción y comercialización del servicio público de transporte terrestre automotor, bajo la modalidad de pasajeros»*, según el decreto 172 de 2001 y ley 336 de 1996, actividades que integran su objeto social y la identifican como partícipe del *«mercado colombiano relacionado con el transporte de personas y el servicio público de transporte terrestre de pasajeros»*, pues afilia cerca de 25.000 *«vehículos»*, siendo *«la empresa más grande de taxis de Colombia, reconocida... por sus signos... Taxis Libres y... sus números [de telefonía fija]... 211 1111 y 311 1111»*; destacó que opera la aplicación Taxis Libres mediante la cual los usuarios acceden a sus servicios de transporte y dispone de otros canales de intermediación entre usuarios y taxistas

como radioteléfono, comunicación satelital, celular de voz y texto.

Bajo ese contexto, relató que hacia el año 2012 aparecieron en Colombia empresas «*con objetos sociales similares*» al suyo; que las demandadas «*ofrecen servicios de transporte a través de conductores u operadores de vehículos, que se pueden solicitar mediante... una aplicación [para] dispositivos móviles individuales*» y «*participa[n] en el mismo mercado..., esto es,... el relacionado con el transporte de personas y el servicio público de transporte terrestre de pasajeros a través de*» aplicaciones, «*sin contar con la habilitación y el permiso para dicha actividad*», así:

(I) Uber BV es una sociedad constituida fuera de Colombia y la contraparte contractual de los usuarios que solicitan servicios de transporte no autorizados mediante la aplicación Uber;

(II) Uber Tech también está constituida fuera de Colombia, es desarrolladora y dueña de los derechos de propiedad intelectual de la aplicación, titular del nombre de dominio *www.uber.com.co* y de la marca Uber X; y

(III) Uber Col (cuyo único accionista y controlante es Uber International Holding BV) tiene dentro de su objeto social «*presta[r] servicios de transporte individual de pasajeros... con dispositivos móviles de la aplicación Uber*», a pesar de no estar habilitada para el servicio de transporte individual de pasajeros, y, por tanto, «*facilita la prestación*

irregular del servicio de transporte individual en Colombia a través de las aplicaciones Uber, Uber X y Uber Van».

Imputó a las demandadas las conductas desleales tipificadas en los artículos 8° (desviación de la clientela) y 18° (violación de normas) de la ley 256 de 1996 por desconocer la buena fe comercial al participar en el mercado en condiciones distintas a los demás participantes y obtener una ventaja competitiva significativa por transgredir los artículos 6°, 10° y 11° del decreto 172 de 2001 y 9° de la ley 336 de 1996.

2. Uber Col excepcionó «prescripción», «inexistencia de los presupuestos legales para que proceda la acción...», «falta de legitimación en la causa por pasiva [y] por activa», «falta de configuración de conductas de competencia desleal», «inexistencia de los perjuicios reclamados y falta de nexo causal», «sobre las resoluciones de la superintendencia de transportes», «principios de neutralidad tecnológica y de la red», «derecho de acceso a la tecnología», «derecho al acceso al progreso científico y tecnológico», e «improcedencia técnica y jurídica de las pretensiones»;

Uber B.V. invocó las defensas que denominó «la acción y derechos de Cotech en contra de Uber B.V. y las otras demandadas se encuentran prescritos, por lo que el despacho debe proferir sentencia anticipada desestimando las pretensiones de Cotech», «la acción y derechos de Cotech en contra de Uber B.V. y las otras demandadas se encuentran prescritos, por lo que el despacho debe proferir sentencia

anticipada desestimando las pretensiones de Cotech», «inexistencia de una supuesta desviación de clientela por parte de Uber B.V. en perjuicio de cotech[,] la demandante no desarrolla este cargo ni sustenta sus afirmaciones», «falta de legitimación por pasiva de Uber B.V.», «las pretensiones de Cotech, en especial el bloqueo de la aplicación, son contrarias al principio de neutralidad de la red», «las pretensiones de Cotech, en especial el bloqueo de la aplicación, son contrarias a las obligaciones internacionales adquiridas por el estado colombiano», «inexistencia de perjuicios alegados en la demanda» y «excepción general»;

Uber Tech planteó las excepciones que llamó «la acción y derechos de Cotech en contra de Uber Tech -y las demás demandadas- prescribieron, por lo que el despacho debe proferir sentencia anticipada desestimando las pretensiones de Cotech», «incluso en el evento en que el despacho adoptara una decisión de fondo en el presente caso, la acción de Cotech no estaría llamada a prosperar ya que no se cumplen los presupuestos para configurar el acto desleal contemplado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996», «inexistencia de una supuesta desviación de clientela por parte de Uber Tech en perjuicio de Cotech», «falta de legitimación por pasiva de Uber Tech», «Cotech no puede limitar el progreso tecnológico y científico que ha sido promovido por medio de aplicaciones móviles como Uber», «las pretensiones de la demanda, en especial el bloqueo de la aplicación, violan el principio de neutralidad de la red y los lineamientos y recomendaciones de la OECD», «inexistencia de perjuicios alegados en la demanda» y «excepción general».

3. La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio sentenció el 20 de diciembre de 2019:

3.1. Declarar que las demandadas cometieron los actos de competencia desleal consistentes en desviación de clientela y violación de normas;

3.2. Ordenarles cesar de inmediato *«la utilización de contenido, acceso y prestación del servicio de transporte individual de pasajeros bajo las modalidades “Uber”; “Uber x” y “uber VAN”, por medio de la utilización de la aplicación tecnológica “UBER” en el territorio colombiano mediante las páginas web que aparecen mencionadas..., hasta tanto no se ofrezca el servicio... bajo las normas que regulan la actividad de transporte individual de pasajeros...»*;

3.3. Comunicar a *«las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones, habilitadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: ...Claro, ...Movistar, Colombia Móvil ... y ...ETB, para que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con la aplicación tecnológica “UBER” específicamente en lo que respecta a los servicios “Uber, “Uber X” y Uber VAN”. Se aclara a los operadores que esta orden debe cumplirse siempre y cuando estén en posibilidades técnicas de hacerlo... dentro de los treinta... días siguientes a la recepción del oficio»*;

3.4. Condenar en costas a las demandadas; y

3.5. Negar el resto de las pretensiones.

4. El Tribunal resolvió la alzada de las demandadas mediante sentencia anticipada de 18 de junio de 2020 que revocó la de primer grado, reconoció la prescripción extintiva y condenó en costas de las instancias a la demandante.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Cuando se encuentre probada la prescripción extintiva, es imperativo proferir sentencia anticipada sin que sea necesario convocar audiencia, por resultar fútil esa etapa.

2. El artículo 23 de la ley 256 de 1996 establece dos clases de prescripción de este tipo de pretensiones: *subjetiva*, con un término de dos años que se computa desde que el afectado conoce quién realiza el acto desleal; *objetiva*, con un plazo de tres años que despunta desde que se realiza la actuación, sin importar el conocimiento del perjudicado.

Las convocadas invocaron la primera modalidad de prescripción, la subjetiva, razón por la que debía pasarse por alto el estudio de la objetiva, así como «*la existencia de actos [desleales] continuados*».

La norma citada es clara y, por tanto, resulta improcedente interpretarla, máxime cuando la prescripción extintiva es regulada por el legislador, en virtud de lo cual, al

no estar previstos los actos «*continuo[s] o sucesivo[s]*, no le era dable a la primera instancia concluir que el término de prescripción comenzaba a correr desde la cesación de las conductas denunciadas...».

3. Resulta inaplicable el artículo 268 de la decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre prescripción de «*acciones por competencia desleal vinculadas a la propiedad industrial*» porque, además de no haberse invocado en la demanda, regula un tema distinto. En todo caso, el artículo 2.2.2.19.7.2 del decreto 1074 de 2015 dispone que el plazo prescriptivo es el de la ley 256 de 1996.

4. El artículo 23 de la ley 256 de 1996 coincidía con el 21 de la ley española (de competencia desleal) n.º 3 de 10 de enero de 1991; sin embargo, el segundo fue modificado por el canon 35 de la ley (española) n.º 29 de 2009 para establecer que, además de la prescripción subjetiva, la objetiva se configura transcurridos «*tres años desde... la **finalización** de la conducta*» (se destaca).

5. El representante legal de Cotech declaró que supo de las actividades de las demandadas en Colombia hacia noviembre de 2014 (servicio Uber X). Esa afirmación es inverosímil porque en los hechos n.º 4º, 12 y 13 de la demanda narró que «*desde... 2012 conoció de los actos desleales que le atribuye al extremo pasivo, lo que constituye... confesión a través de apoderado [judicial]*» según el artículo 193 del Código General del Proceso.

5.1. Cotech supo de los actos de Uber Col desde el 9 de octubre de 2013 cuando *«ya comenzaba a sentir la... ventaja competitiva y significativa, según... el “análisis allegado por mes y canal de comunicación” que Cotech S.A. allegó a la demanda... que... advierte... disminución de llamadas [para solicitar servicios de taxi] de \$18.621.718 a \$10.967.373»*. Esto es relevante porque Cotech atribuyó la reducción de las solicitudes telefónicas de taxi a la participación de las demandadas en el mercado colombiano desde abril de 2013.

5.2. Tampoco es verosímil la afirmación sobre el conocimiento de la operación desde noviembre de 2014 porque en la demanda se sostuvo que las convocadas prestaban servicios *«desde hace varios años»* y entre esa fecha y la presentación de la demanda (21 de abril de 2016) transcurrió un año y seis meses, o sea, un lapso inferior a varios años.

5.3. Uber Col se matriculó en la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de octubre de 2013 y Cotech presentó la demanda luego de dos años, seis meses y seis días, es decir, cuando ya habían prescrito las pretensiones, pues el lapso se cuenta desde que el demandante supo quiénes realizaron los supuestos actos desleales.

5.4. Haciendo a un lado la confesión de que la accionante *«sabía de la presencia de Uber en Colombia desde... 2012»*, su representante legal reconoció durante el interrogatorio de parte *«haber conocido, positivamente, de la presencia de su competidor desde... 2013, solo que “para el*

servicio Black (min 2:34), sin que sea relevante que para “noviembre de 2014” ingresara una nueva app para iniciar su “operación a través de Uber X en vehículos particulares y con su tarifa dinámica” (min. 1:33), pues lo medular... es que la demandante reconoce que supo de los hechos que calificó como contrarios al comportamiento leal en el mercado, entre los años 2012 y 2013, con prescindencia de la aplicación que utilizara, por tratarse de un mismo propósito, frente al que el accionante reclamaba, esto es, la prestación del servicio de transporte individual de pasajeros».

5.5. Para Cotech la operación de Uber fue un «*hecho de notoriedad pública*» y «*conoc[ió] en el año 2012 del desarrollo de aplicaciones móviles para la solicitud de vehículos de transporte público y la entrada de Uber en el mercado en el año 2013*».

6. El artículo 23 de la ley 256 de 1996 no distingue entre actos de competencia desleal instantáneos y continuados, pues solo establece dos modalidades prescriptivas: una subjetiva de dos años que empiezan a contarse desde «*el enteramiento de la parte afectada*»; otra objetiva de tres años desde que se realiza el acto enjuiciado, «*más no su finalización, que... estimó el a quo*».

7. En el caso concreto empezó a contarse el término subjetivo de prescripción extintiva de dos años desde 2012, «*o a lo sumo 2013*», época en que la demandante supo del acto desleal y sus autores, con independencia que «*se siga*

ejecutando con posterioridad», lo que denota que sobrevino ese fenómeno liberatorio.

DEMANDA DE CASACIÓN

La demandante formuló dos cargos que se resolverán en el mismo orden planteado.

CARGO PRIMERO

Con fundamento en la primera causal, invocó la vulneración directa (por malinterpretación) del artículo 23 de la ley 256 de 1996, pues a esa norma se le dio un alcance diverso al que correspondía respecto de los actos de competencia desleal continuados.

Argumentó que esa disposición no «hace referencia expresa a qué ocurre en aquellos eventos en... que ese acto desleal se prolonga en el tiempo, o lo que es igual, en los llamados actos continuados en los que la conducta [,] pese a haber sido conocida por el afectado y/o efectivamente realizada, se sigue ejecutando de manera extendida en el tiempo».

Refirió jurisprudencia según la cual el término prescriptivo de los actos desleales continuados empieza a contarse desde que cesan, interpretación que, sostuvo, es la adecuada, máxime cuando la protección de la libre competencia *«no es un bien jurídico que pertenece a un solo particular sino que es de interés común».*

Advirtió que la hermenéutica del Tribunal «legaliz[a] comportamientos desleales continuos iniciados con... anterioridad mayor a tres... años a la fecha de presentación de la demanda», pues «no se sancionar[ía] el actuar desleal sino que se premiar[ía]», razón por la que resulta atendible la sentencia de primera instancia, «pues al seguir viva la conducta sigue vigente la acción de competencia desleal respectiva... porque si bien es reprochable la inactividad de los afectados, más grosero aún resulta... legalizar o normalizar comportamientos desleales por el simple paso del tiempo...».

Criticó la interpretación literal del precepto «26» (léase 23) del estatuto de competencia desleal porque «no es una norma clara en tratándose de actos de competencia desleal continuados» y, por tanto, «existe un margen de interpretación sobre su aplicación».

Agregó que la violación directa de esa disposición «se agravó significativamente con la privación absoluta del derecho al debido proceso de la demandante en el trámite del recurso de alzada, pues al haberse dictado fallo anticipado en la fase de admisión del recurso de apelación, se limitó el ejercicio del derecho de contradicción de Cotech S.A., quien no tuvo la oportunidad de pedir pruebas ni de oponerse a los argumentos esgrimidos por la ... apelante», porque, de haberse agotado la fase de sustentación y réplica del recurso, se hubieran ventilado argumentos que justificaban «la coherencia y solidez de los argumentos [d]el a quo».

CONSIDERACIONES

El epicentro del primer cargo radica en establecer si el Tribunal malinterpretó y lesionó directamente el artículo 23 de la ley 256 de 1996 al declarar que las pretensiones de competencia desleal por violación de normas y desviación de la clientela prescribieron porque Cotech presentó la demanda más allá de los dos años siguientes de haber conocido las conductas.

Los antecedentes denotan que el caso concreto se origina en actividades relacionadas con la «*economía colaborativa*», fenómeno que genera múltiples retos para el derecho de la competencia que la Sala estima necesario abordar.

Por ello, la presente sentencia abordará -en primer lugar- los aspectos relevantes de los comportamientos imputados por Cotech a Uber Col, Uber Tech y Uber B.V. en el contexto de la *economía colaborativa*; luego resolverá si tiene asidero el cargo inicial.

1. Violación de normas y desviación de la clientela en la *economía colaborativa*

La rápida evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's) ha impactado seriamente varios aspectos de la interacción humana, entre ellas las actividades económicas relacionadas con la producción,

ofrecimiento, adquisición, prestación o regulación de bienes o servicios.

En palabras de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

El recurso a los modernos medios de comunicación... se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la Internet y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica¹.

El auge de nuevas formas de comunicación, más rápidas, más económicas y más accesibles, ha creado un entorno digitalizado; también ha originado nuevas formas de intercambio y organización de los mercados, permitiéndole a sus partícipes interactuar e intercambiar productos con mayor amplitud que por los medios tradicionales².

Con razón se habla de una «hiperevolution» tecnológica, suceso que cobija una amplia variedad de plataformas de comunicación que están cambiando [literalmente] el mundo como se conoce mediante innovaciones que recogen, entre otras manifestaciones, la internet y la tecnología móvil³. El cambio reciente es, entonces «*inusitado y contundente, [pues] internet no se convirtió en un simple canal de distribución, sino una infraestructura creativa y un mecanismo de coordinación*

¹ Naciones Unidas, CNUDMI/UNCITRAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*, Nueva York, 1999, p. 16.

² CRUZ, Isabel et al. *Contemporary Collaborative Consumption. Trust and reciprocity revisited*, Springer Vs., p. 2.

³ BOTSMAN, Rachel y ROGERS, Roo. *What's mine is yours. The rise of collaborative consumption*. Harper Collins, cap. 10.

que le permite a las empresas crear modelos de negocios completamente nuevos»⁴.

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido esa realidad al relieves el desplazamiento de la telefonía fija por la móvil, así como su impacto en el derecho a la libre competencia económica, con ocasión de una demanda de casación en un caso de competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones:

[C]on el paso de los años las empresas de comunicaciones móviles terminaron conquistando una gran cuota de mercado, debido a las ventajas técnicas que representan para los usuarios, como la permisión de desplazamiento, la introducción de sistemas de prepago y el cobro con base en el tiempo efectivamente utilizado.

De esto dan cuenta las estadísticas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (IUT), pues la telefonía fija a nivel mundial ha descendido progresivamente, pasando de 1.243 millones de abonados en el año 2005 a 915 millones en el año 2019; diferente a la telefonía celular, que pasó de 2.205 millones de usuarios en el año 2005 a 8.283 millones en el año 2019⁵.

Este cambio significó una mejora en el escenario de la competencia, por cuanto «la telefonía móvil nace en general en un ambiente competitivo y, por tanto, con libertad de precios...» (SC3627-2021, Rad. 2014-58023-01, 2 nov. 2021).

Se trata, entonces, de una realidad que desborda el uso de tecnologías ya no tan novedosas como el computador personal, y las reemplaza por otras más innovadoras, sofisticadas y eficientes como, por ejemplo, los dispositivos móviles y aplicaciones; en estas no sólo se intercambia

⁴ PARKER, Geoffrey. Platform revolution. How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you., W.W. Norton and company, New York, London.

⁵ Disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>

información, se vende o se compra, sino que también se administra una nueva cotidianidad y se hacen actividades comunes del día a día (acceder a servicios bancarios o pagar impuestos) sin que, por regla general, sea necesario asistir físicamente a una oficina, establecimiento de comercio u otra entidad, en razón a que un sinnúmero de actividades puede hacerse fácilmente y a distancia, oprimiendo un solo botón⁶.

La irrupción de las TIC's en el mercado ha generado un fenómeno que recibe nombres disímiles: nueva economía («*new economy*»), economía colaborativa («*sharing economy*»), consumo colaborativo («*collaborative consumption*»), consumo conectado («*connectec consumption*») o consumo basado en el acceso («*acces-based consumption*»)⁷. En todo caso, pese a sus varios nombres, se trata de una noción que apunta a un mismo concepto: la prestación y adquisición de servicios económicos que giran en torno, principalmente, a (I) la fabricación de software (como el desarrollo y puesta en marcha de aplicaciones), (II) los negocios basados en internet y los servicios de comunicación, y (III) equipamiento para dar soporte a aquellos dos⁸.

El caso de la radicación es muestra fehaciente de las perplejidades generadas por actividades empresariales realizadas en el contexto de la economía colaborativa, no solo desde la perspectiva de las demandadas, sino también de la demandante pues, de acuerdo con la declaración que su

⁶ CRUZ, Isabel et al. Op. Cit., p. 3.

⁷ Ibidem, p. 78.

⁸ POSNER, Richard A. ANTITRUST IN THE NEW ECONOMY, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, No. 3 (2001), pp. 925-943.

representante legal vertió durante la primera instancia, Cotech no sería una empresa de taxis -como dijo en la demanda- sino de una que se vale de las diferentes TIC's (telefonía y aplicaciones) para conectar prestadores de servicio individual de pasajeros y usuarios. Así, resulta crucial en el mundo de la economía colaborativa el despliegue de plataformas que se encargan de conectar oferentes e interesados en un producto (bien o servicio), con la responsabilidad que una intermediación de ese linaje ocasiona.

Para efectos de claridad, la Sala aludirá a la economía colaborativa precisando sus principales características, la manera en que ha intentado cambiar los roles tradicionales del mercado, así como los retos que suscita en el derecho, en general, y en la competencia económica, en particular.

La economía colaborativa tiene como características: (I) Costo promedio decreciente; (II) se centra en el producto, no en la empresa; (III) posee una amplia gama de producción; (IV) requiere modestos capitales; (V) representa altos índices de innovación; (VI) muestra entradas y salidas rápidas y frecuentes del mercado; (VII) se vale de economías de escala en el consumo; y (VIII) su principal producción es propiedad intelectual, bienes intangibles, sin importar que puedan comercializarse bienes o servicios físicos⁹.

⁹ POSNER, Richard A. Op. Cit. pp. 925-943.

Uno de los efectos de la economía colaborativa ha sido la atenuación de algunos roles tradicionales, pues permite hablar de un actor distinto: el prosumidor («*prosumer*»)¹⁰ que engloba la idea actual de que un consumidor no sólo se satisface de los bienes y servicios que están en el mercado, sino que también puede proveerlos¹¹. También permite identificar, por un lado, a un «*proveedor par*» («*peer provider*») que ofrece productos para alquilar, compartir o pedir en préstamo, y, por el otro, al «*usuario par*» («*peer user*») que consume los productos, pudiendo transitar entre ambos roles según su preferencia¹².

Los cambios impulsados por la economía colaborativa generan retos jurídicos de diverso calado relacionados, entre otros, con el respeto de los derechos laborales, la causación y pago de impuestos o la leal competencia concurrencial¹³, frente a los cuales los administradores de justicia deben proceder con cautela en razón a que «*los casos de la nueva economía presentan preguntas... inusualmente difíciles, debido a la complejidad técnica de los productos y servicios producidos por las industrias de la nueva economía*»¹⁴.

Lo anterior es relevante a raíz de las dificultades propias de las herramientas del derecho, basadas primordialmente en la expedición de normas -regulación-, que, según el momento en que se expidieron, pueden ser inadecuadas para

¹⁰ Sin embargo, el concepto de «*prosumer*» no es del todo nuevo, pues data de la década de 1980.

¹¹ CRUZ, Isabel et al. Op. Cit., p. 42

¹² BOTSMAN, Rachel y ROGERS, Roo. Op. Cit., cap. 4.

¹³ PARKER, Geoffrey et al. Op. Cit., London.

¹⁴ POSNER, Richard A. Op. Cit., pp. 925-943.

manifestaciones propias de la economía colaborativa, donde resultan cruciales la innovación tecnológica y la ruptura de modelos tradicionales. Esto es así porque para el legislador puede ser difícil prever cabalmente el futuro, el avance de la ciencia y el progreso de la tecnología. En palabras de autorizada doctrina:

Acomodarse a un futuro que, como mucho, podemos percibir de manera borrosa, es un problema común en el derecho, que además casi con seguridad está creciendo. Por ejemplo, con respecto a los cambios rápidos en las comunicaciones electrónicas, cualquier intento de escribir leyes específicas en este momento está destinado a la obsolescencia como esas reglas específicas de solo una generación atrás que no anticiparon, ni podrían haberlo hecho, el uso generalizado de los teléfonos móviles, el desarrollo y la predominancia de internet, y una densidad de comunicaciones por satélite que convierte en arcaica una lista de medios limitada a la radio, la televisión y las películas¹⁵.

Esa idea no se traduce en que el camino para afrontar los retos jurídicos de la economía colaborativa sea, necesariamente, la desregulación porque, a la luz del artículo 333 de la Constitución Política, el Estado debe intervenir para (I) garantizar el bien común en la actividad económica y la iniciativa privada, (II) fortalecer las organizaciones solidarias, (III) estimular el desarrollo empresarial, (IV) impedir la obstrucción o restricción injustificada de esos derechos, (V) controlar el abuso de posición dominante en el mercado y (VI) delimitar su ejercicio en pro del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Marcial Pons, Madrid, p. 201.

Por ello, al momento de estudiar comportamientos desarrollados en el contexto de la economía colaborativa, los administradores de justicia deben proceder con cautela examinando si las disposiciones correspondientes responden a las nuevas problemáticas, pues lo contrario se traduciría simplemente en un obstáculo jurídico e irrazonable al ofrecimiento y disfrute de productos mediante las TIC´s.

Así las cosas, la fuerte presencia de plataformas que se sirven de las TIC´s para conectar usuarios y proveedores de servicios, han cambiado profundamente la competencia económica, porque en la economía colaborativa no sólo los nuevos actores compiten mediante técnicas disruptivas con los actores tradicionales, sino porque la contienda concurrencial también se da entre actores de la economía colaborativa, generando controversias que difícilmente pueden evitarse o resolverse de antemano¹⁶, y requieren de la decisión informada y paciente del juez, para lo cual la Sala establecerá algunos derroteros sobre las conductas endilgadas a las demandadas (desviación de la clientela y violación de normas) en el contexto de la economía colaborativa.

1.2. Desviación de la clientela¹⁷

Uno de los principales objetivos de la actividad empresarial es competir, ganar o mantener una clientela. Desviar clientes de una actividad, prestación o

¹⁶ PARKER, Geoffrey, et al. Op. Cit., London.

¹⁷ Establece el artículo 8° de la ley 256 que es desviación de la clientela «... toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial».

establecimiento a otro es lícito, válido y adecuado, por tanto, solo se sancionan aquellas conductas que logren (efectividad) o busquen (potencialidad) inmiscuirse en la esfera de decisión de los clientes por medios insanos, carentes de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad, sinceridad, o contrarias a los parámetros éticos y morales.

Para que se configure la conducta es indiferente que se obtenga el resultado (desviación de la clientela), pues también se sanciona el despliegue de actividades con el propósito de desviar clientes. Entonces, como línea de principio, es innecesario que el legitimado haya perdido efectivamente los clientes para que sus pretensiones salgan avante, pues también se infringe el tipo cuando el competidor recurrió a medios desleales para intentarlo.

Eso sí, para que se estructure la conducta se requiere una individualización concreta y razonable de los clientes sobre los que se presentó o intentó la desviación. Por supuesto, ello no exige, en todos los casos, una identificación matemáticamente precisa, ni de nombres, apellidos o razón social, sino de los elementos necesarios que permitan identificar, así sea, un grupo de clientes (CSJ SC3907, 8 sep. 2021, rad. 2011-00181).

La desviación de la clientela protege la libre e igualitaria concurrencia económica, más no la propiedad privada; como ha precisado la Sala, la clientela no hace parte del patrimonio del empresario, ni es un bien susceptible de apropiación (CSJ SC4174-2021, Rad. 2013-11183, 13 oct 2021).

El supuesto de hecho de la conducta es bastante concreto: intentar o lograr desviar clientes con medios torticeros. De ahí que sea insuficiente probar resultados económicos adversos, pérdidas, carencias de ingresos o procedimientos de reorganización o liquidación empresarial para declarar que se presentó la conducta prohibida en el tipo, como esta Sala ha tenido oportunidad de precisar:

[L]a orfandad probatoria es absoluta, debiéndose añadir que los estados financieros que se aportaron no arrojan mayores luces al respecto, pues reflejan la quiebra de Inversiones Lucol S.A., pero no explican las razones que la llevaron a esa situación, lo cual era imprescindible, porque al referido estado de insolvencia puede llegarse por múltiples vías, algunas atribuibles a factores endógenos, y otras a variables exógenas. Por ende, la relación causal que se extraña no puede deducirse simplemente de la merma en las ventas de la actora, como esta lo pretendió al sustentar su impugnación (SC3907, 8 sep. 2021, rad. 2011-00181).

En este punto es crucial, entonces, verificar quiénes son realmente los clientes del legitimado que supuestamente habrían sido desviados por la parte correspondiente, con miras a establecer la configuración de la conducta.

El uso de los avances de las tecnologías de la información y la comunicación no puede calificarse como medio desleal para desviar clientes, pues desconocería un derecho humano reconocido por múltiples instrumentos internacionales: gozar de los adelantos tecnológicos y el progreso de las ciencias.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 27:

*1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y **a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten...*** (se destaca).

El artículo 38 de la Carta de Organización de los Estados Americanos (OEA) ordena que:

*Los Estados miembros **difundirán entre sí los beneficios** de la ciencia y **de la tecnología, promoviendo**, de acuerdo con los tratados vigentes y leyes nacionales, **el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos*** (se destaca).

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996 señala que:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

...

*b) **Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones...*** (se destaca).

Se trata del derecho a gozar de los beneficios y progresos de la ciencia y la tecnología que también incluye la prerrogativa de participar en el desarrollo de las TIC´s¹⁸.

Si se llegara a afirmar que el solo uso de las TIC´s para influir en la esfera de decisión de los clientes corresponde a

¹⁸ MANCISIDOR, Mikel. *El derecho humano a la ciencia: Un viejo derecho con un gran futuro*, Anuario de Derechos Humanos, NÚM. 13 (2017), pp. 211-221; DONDERS, Yvonne. *The right to enjoy the benefits of scientific progress: in search of state obligations in relation to health*, Med Health Care and Philos (2011) 14, p.371-381.

un mecanismo contrario a la competencia desleal, se pondría en riesgo el mencionado derecho humano que, por el contrario, debe respetarse cabalmente. Así las cosas, la Sala precisa que ese debe ser uno de los factores relevantes para las autoridades judiciales que resuelven casos de competencia desleal en el contexto de la economía colaborativa, donde la implementación de plataformas que conectan a los distintos interesados se vale fuertemente de los desarrollos de las tecnologías de la información y la comunicación.

Como manifestación de esa idea, si el comportamiento en juego en un caso específico es la desviación de la clientela, uno de los primeros aspectos que debe establecerse es quiénes son los clientes del legitimado y cuáles son los usuarios de la parte demandada, para verificar si el uso de medios deshonestos y torticeros de la segunda afectó o no al primero.

Examinados los aspectos relevantes de la desviación de la clientela en el contexto de la economía colaborativa, corresponde analizar lo pertinente sobre la conducta de violación de normas.

1.2. Violación de normas¹⁹

Las sanciones del derecho de la competencia desleal resguardan la libre concurrencia económica, así como «los

¹⁹ La violación de normas consiste en «...la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa».

*[derechos de los] competidores, los consumidores y [e]l orden del mercado»*²⁰. Esto se traduce en que los tipos previstos en la ley 256 de 1996 no protegen el principio de legalidad (Art. 230 C.P.) ni la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, razón por la que deviene insuficiente e irrelevante para el derecho de la competencia económica una vulneración normativa inocua o neutra, es decir, sin efectos en el mundo concurrencial. Explicado de otra manera, el bien jurídico resguardado por este tipo concurrencial no es el principio de legalidad ni el respeto del ordenamiento jurídico, sino la libre y leal competencia económica.

Por ello, la Sala ha precisado que la conducta se configura cuando se demuestre: «I) la conculcación de una norma jurídica; II) la obtención de ventaja competitiva; III) que esta sea significativa; y IV) que la ventaja derive de la transgresión normativa» (CSJ SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021). Sobre ellos se harán las explicaciones relevantes.

La primera exigencia (*conculcación de una norma jurídica*) se explica en que:

[C]ualquie[r] actividad mercantil puede estar sometida a la intervención estatal, dependiendo del interés público que comporte, en concordancia con el artículo 6° de la Constitución Política...

*En desarrollo de este postulado **el ordenamiento jurídico prevé las reglas a tener en cuenta por los distintos actores o***

²⁰ Cfr. CSJ SC4174-2021, Rad. 2013-11183-01, 13 oct 2021; CSJ SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021; CSJ SC575-2022, 4 abr. 2022, Rad. 2006-00226; ver también MENÉNDEZ, Aurelio. La competencia desleal. Editorial Civitas S.A., 1988. p. 115 y ss.

competidores para ejercer cada actividad económica en términos de igualdad, por lo que **su desatención revela, en principio, contrariedad** de cara a esa codificación.

De allí que **tal contravención constituya el primero de los elementos indispensables** para establecer el acto de competencia desleal de violación de normas (SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021, se destaca).

En consecuencia, el primer aspecto que debe verificarse en orden a establecer si los comportamientos denunciados estructuran el tipo desleal que se explica, consiste en la vulneración de una norma jurídica. Requiere establecer que la norma vulnerada es aplicable al demandado o su actividad económica porque, si los hechos endilgados no se subsumen en el supuesto de hecho, no se configura la conducta desleal por atipicidad. La autoridad judicial debe detenerse a reflexionar si la disposición que se dice violada es aplicable al enjuiciado y/o su actividad, porque, de lo contrario, no habrá deslealtad.

El desconocimiento generalizado de la norma no puede invocarse como defensa del demandado, porque ese comportamiento denota el primer elemento de la conducta, con la necesaria averiguación de si se presentan los demás supuestos que se abordarán más adelante.

Es pacífico que el juez que conoce las pretensiones de competencia desleal tiene la discreta autonomía de averiguar si la disposición normativa es o no vulnerada, sin que sea necesario que otra autoridad pública (administrativa o jurisdiccional) la haya declarado previamente. Es decir,

respecto de la violación de reglas no existe prejudicialidad, pues el juez del proceso de competencia desleal no requiere esperar que otra entidad reconozca la vulneración. De igual manera, la declaratoria de transgresión normativa por otra autoridad tampoco ata al juez para que tenga que declarar que hubo competencia desleal, pues será el administrador de justicia que conozca estas pretensiones quien determine si se reúnen o no los presupuestos del acto de competencia desleal, incluyendo el primero de ellos²¹. Unas y otras funciones son diferentes.

Eso sí, la declaratoria de transgresión normativa por parte de otra autoridad administrativa o judicial puede servir en el proceso por competencia desleal como un medio de prueba que se evaluará libremente, según las reglas de la sana crítica.

La segunda exigencia (*obtención de una ventaja competitiva*) se predica de que no basta la mera transgresión normativa para considerar desleal un comportamiento. Lo contrario «*implicaría aceptar que toda vulneración de una regla jurídica expedida para regular un determinado merc[a]do constituiría el acto de competencia desleal de violación de normas, sin parar mientes en las consecuencias de dicha infracción, esto es, dejando de auscultar si generó alguna valía para el infractor en desmedro de sus competidores, ni las connotaciones de esta utilidad*» (CSJ SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021).

²¹ EMPARANZA, Alberto. *Violación de normas.*, en Comentario práctico a la ley de competencia desleal (Fernando Martínez Sanz -dir-), Tecnos, 2009, p. 258.

La ventaja que produce la transgresión normativa se traduce en

(...) alteración del principio par conditio concurrentium (reglas iguales entre competidores), que tiene el propósito de que el funcionamiento del mercado entre participantes sea realizado en plano simétrico.

Como lo ideal es que los comerciantes estén en igual punto de partida para ejercer su actividad, en tanto competidores dentro del mismo ramo, la obtención de ventaja competitiva sancionada es aquella derivada del incumplimiento de preceptos normativos, en la medida en que esta transgresión puede colocar al infractor desde el inicio de su desenvolvimiento comercial en situación de privilegio en relación con sus contrincantes directos e indirectos (CSJ SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021)

Resulta necesario que la ventaja por la infracción normativa sea «efectiva», esto es, cierta, real, verdadera, en vez de supuesta, posible, eventual o discutida pues en estos últimos casos no se satisface el segundo requisito de la conducta.

El tercer presupuesto de la conducta (que la ventaja sea *significativa*) exige que:

la alteración del plano de igualdad que obtiene el comerciante o interviniente en el mercado con la conculcación del respectivo precepto sea importante o trascendental, esto es, que se vea favorecido de forma especial teniendo en cuenta el punto de partida de los competidores....

Por supuesto que casos habrá en los cuales la ventaja no se muestra representativa en razón a que el adquirente potencial del bien o servicio, al momento de escoger entre los diversos oferentes, puede estar motivado por otras circunstancias diversas a aquellas reguladas en la norma transgredida, por lo que el juzgador en cada caso concreto debe sopesar las variadas circunstancias que rodean la prestación del servicio o las características del producto,

según sea el caso, a efectos de determinar la aludida significatividad.

De allí que la doctrina foránea tenga sentado que la deslealtad está «presentándose significativa cuando se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor con tal práctica que la Ley sanciona y ataja...» (SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021).

La ventaja es significativa cuando alcanza tal magnitud que afecta de manera contundente la esfera de decisión de los clientes²² o permite dar mejores condiciones, precio o servicio, aspectos que deben probarse por la parte interesada y evaluarse cuidadosamente por el juez²³.

El cuarto presupuesto (*que la ventaja derive de la transgresión normativa*) exige relación de causalidad entre la violación normativa y la ventaja significativa y efectiva:

*será válida la ventaja... que no tiene origen en esa infracción o... que fue producida por el desarrollo ingenioso, eficiente, **innovador** u otras probables virtudes del comerciante; por el contrario implicará ventaja competitiva el ahorro de costos en materia fiscal o administrativa, obligatorios para ejercer la actividad, entre otros eventos.*

Que la ventaja lograda por el infractor derive de la transgresión normativa impone la existencia de una relación causa[-]efecto entre esta y aquella, es decir que el daño padecido por los restantes oferentes del servicio o bien, o para los demás intervinientes en el mercado que fungen como demandantes, consista, básicamente, en que la posición de privilegio obtenida por el infractor sea consecuencia de la concurrencia de los anteriores presupuestos de la acción (la conculcación de una norma jurídica generadora de

²² GARCÍA PÉREZ, Rafael. *Ley de competencia desleal*, Pamplona, Aranzandi, 2008, p. 367.

²³ OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, Juan José. *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Pamplona, Aranzadi, p. 242.

ventaja competitiva y significativa) más no de cualquiera otra circunstancia.

La insatisfacción de estos presupuestos traducirá, entonces, que la competencia de los diferentes actores en el mercado no se hará en un plano de igualdad, en transgresión de este principio de nuestro ordenamiento jurídico....

[E]n Colombia... la calificación de una determinada actividad como acto de competencia desleal de violación de norma jurídica –ya fuera esta expedida con el propósito de regular un específico sector mercantil o no-, siempre deberá caracterizarse por otorgar ventaja competitiva y significativa a favor del imputado, de donde en cada caso concreto deberá ser objeto de estudio y prueba.

Variadas se muestran las razones de la referida exigencia normativa, en tanto prohijar innecesaria la ventaja competitiva y significativa cuando se aduce la conculcación de una norma promulgada para regular un determinado mercado, esto es, con fines concurrenciales, impondría acoger siempre una interpretación finalista en relación con el canon que se alegue infringido, a pesar de que podría concurrir otra u otras circunstancias que impongan hermenéuticas distintas (SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021).

Dados los retos que para el derecho de la competencia desleal genera la economía colaborativa, el juez debe ser cuidadoso al momento de estudiar la conducta de violación de normas, específicamente para establecer la finalidad de las respectivas disposiciones (sobre todo cuando regulan TIC), más allá de su simple literalidad, porque, como ha sentado la Sala:

En materia de telecomunicaciones las normas sobre sana competencia, no sólo propenden por el recto funcionamiento del mercado, sino que buscan promover el ingreso de nuevos competidores en beneficio de los usuarios y consumidores.

Exigencia que cobra aún mayor importancia frente al reconocimiento de que «[l]as telecomunicaciones modernas constituyen un resultado de la convergencia entre la revolución

digital y las comunicaciones. Dicha convergencia ha afectado profundamente las redes y servicios de telecomunicaciones. En el pasado, coexistían redes especializadas que prestaban los servicios de telefonía o de televisión. La digitalización de las redes ha hecho posible que todas ellas puedan transportar la voz, los datos y las imágenes abriendo paso a una amplia gama de nuevos y sofisticados servicios»²⁴

«Refulge el interés, no sólo de promover la introducción de las nuevas tecnologías de la información en nuestro país, sino también en fomentar la libre y sana competencia, por considerar que la misma es un motor fundamental para ampliar la cobertura, mejorar el servicio, permitir la renovación técnica y, en general, propender por el interés general».

«las normas que gobiernan el mercado de las telecomunicaciones propenden por una sana competencia, caracterizada por promover el ingreso de nuevos operadores para la oferta de bienes y servicios, descuella que la hermenéutica de los cánones acusados debe hacerse dentro de este contexto, sin acudir a un literalismo que conduzca a vaciarlos de contenido» (CSJ SC3627-2021, Rad. 2014-58023-01, 2 nov 2021, se destaca).

También resulta indispensable examinar si las normas que se endilgan vulneradas tienen razón de ser de acuerdo con el contexto en que se estudian o si:

se muestr[an] obsoleta[s], fenómeno que desde una óptica sociológica resulta común, en tanto no son pocas las veces en las cuales las dinámicas sociales, con mayor razón las prácticas mercantiles, tienen desarrollo más célere en comparación con el ordenamiento legal que las rige... que la persona trasgresora de la norma jurídica prohibitiva no haga uso de la ventaja competitiva y significativa que dicho precepto intentó evitar, a pesar de tenerla a su alcance, porque, además de la obsolescencia citada a espacio, decide prestar el servicio a una gama de clientes a quienes desinteresa la aludida prerrogativa, o porque aquel decide destacar su producto o servicio con otras cualidades, a más de diversas opciones (SC5473-2021, Rad. 2017-40845, 16 dic 2021, se destaca).

²⁴ Naciones Unidas, Cepal, Red de Reestructuración y Competitividad, *Organización industrial y competencia en las telecomunicaciones en América Latina: estrategias de empresas*, Santiago de Chile, 2005, p. 9.

En suma, al momento de evaluar desde la perspectiva del derecho de la competencia comportamientos en el contexto de la *economía colaborativa*, donde las tecnologías de la información y la comunicación juegan un papel estelar, las autoridades judiciales deben ser bastante cuidadosas para respetar el derecho a gozar de los avances científicos y tecnológicos, lo que impone que valerse de las TIC's no pueda calificarse *per se* cómo desleal. Además, deben verificar si, en realidad, se trata de actuaciones del mismo mercado en que intervengan tanto el legitimado como la parte demandada, así como si se le aplican las normas que se estiman violadas, verificando, como lo ha dicho la Sala, si tales normas son o no obsoletas según el momento en que se profirieron y el propósito que buscaban cumplir.

Expuesto lo anterior, le corresponde a la Sala resolver el primer cargo.

2. Decisión del cargo inicial - prescripción extintiva de actos *continuados* de competencia desleal

Cotech argumenta que los actos de Uber B.V., Uber Col y Uber Tech son continuados y, por tanto, debe acogerse la tesis de la sentencia de primera instancia, es decir, que el primer día (*dies a quo*) del plazo prescriptivo sólo surge cuando *finalicen* las conductas, pues una tesis diferente sólo puede resultar, a su juicio, de la malinterpretación del artículo 23 de la ley 256 de 1996.

Para Cotech la norma sólo regula la prescripción de los actos desleales instantáneos y deja por fuera los continuados, respecto de los cuales existe, en su criterio, un vacío; también argumenta que la disposición normativa es oscura y, por tanto, debe interpretarse en el sentido que el término de prescripción de los comportamientos *continuados* se computa cuando finalicen.

Para resolver el cargo inicial, la Sala hará un análisis de dos pasos. En el primero establecerá si los «*actos de competencia desleal **continuados***» prescriben de acuerdo con las reglas del artículo 23 de la ley 256 de 1999 o si, por el contrario, esa disposición tiene lagunas al dejar por fuera comportamientos de tracto sucesivo y comprender, solamente, los instantáneos; en el segundo determinará si la norma es clara y precisa frente al mismo cuestionamiento del demandante o, si, por el contrario, debe interpretarse.

El punto de partida para emprender ese estudio es el texto del artículo 23 del Estatuto de Competencia Desleal. Así se desprende de los principios de legalidad²⁵ y democrático²⁶ que impiden a los administradores de justicia apartarse de las fuentes jurídicas emanadas de las autoridades competentes para expedirlas de acuerdo con el procedimiento previamente establecido, bajo el pretexto de que son oscuras o incompletas, en razón a que resulta necesario verificar juiciosamente si, en realidad, padecen tales falencias. Lo contrario pondría en riesgo la necesaria

²⁵ Previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, según el cual «*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*».

²⁶ Consagrado en el artículo 1° *ibidem*.

predictibilidad que debe caracterizar las providencias judiciales.

La Sala hace a un lado los reproches relacionados con la procedencia de la sentencia anticipada de segunda instancia, pues la supuesta omisión de oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas y replicar la sustentación de la apelación carecen de vínculo con el desconocimiento directo de la ley sustancial y se refieren a vicios de procedimiento que -de haber ocurrido- debieron formularse por medio de la quinta causal de casación (nulidades procesales), alegación que no fue planteada en la demanda y que, al no resultar evidente, no estudiará la Sala.

2.1. La prescripción liberatoria de actos continuados de competencia desleal sí está regulada en el artículo 23 de la ley 256 de 1996.

Las lagunas son omisiones de las normas que dejan de regular uno o varios supuestos de hecho que deben ser resueltos por el juzgador²⁷. Cotech afirma que ese fenómeno se predica del artículo 23 de la ley 256 de 1996 porque no «*hace referencia expresa a qué ocurre en aquellos eventos en... que e[l] acto desleal se prolonga en el tiempo, o... los llamados actos continuados en los que la conducta [,] pese a haber sido conocida por el afectado y/o efectivamente realizada, se sigue ejecutando de manera extendida en el tiempo*».

²⁷ GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, p. 141.

La ley 256 de 1996 «[p]or la cual se dictan normas sobre competencia desleal» siguió muy de cerca el ordenamiento español. Su artículo 23 (cuyo contenido e interpretación se disputan en el presente caso) lo demuestra pues, salvo sutiles matices, coincide con la versión original del 21 de la ley española n.º 3 de 1991:

Artículo 23 de la ley (colombiana) 256 de 1996	Artículo 21 de la ley (española) 3 de 1991 «de Competencia Desleal».
«Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto » (se destaca).	«Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que podieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcur[so] de tres años desde el momento de la realización del acto » (se destaca).

Ambas disposiciones son, prácticamente, idénticas. Consagran una norma especial para regular la prescripción de todos los actos de competencia desleal, lo cual tuvo el deliberado propósito de desanclar esa materia de los códigos Civil y de Comercio²⁸; coinciden en que los múltiples comportamientos desleales tienen un plazo común de prescripción liberatoria, es decir, se optó por un camino diferente al de otras latitudes -como Alemania- donde se

²⁸ BARONA VILAR, Silvia. *Competencia desleal*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 904.

consagraron reglas prescriptivas según el tipo de comportamiento desleal, pues en la República de Colombia y en el Reino de España todas las conductas que pueden afectar la leal competencia económica tienen iguales plazos de prescripción extintiva; establecen dos clases de prescripción excluyentes, que no son sucesivas, una *subjetiva*, fundada en el conocimiento e individualización del sujeto infractor, y otra *objetiva* (en «todo» o «cualquier caso») basada en la «realización del acto».

Las disposiciones difieren en que el término de prescripción subjetivo colombiano es de dos años, mientras que el español es de un año; en Colombia el término de prescripción empieza desde que el legitimado identifique al infractor, o sea, sepa quién realizó los comportamientos, mientras en España, además de individualizar a quién será demandado, se requiere que el interesado pueda ejercitar las pretensiones de competencia desleal²⁹.

Según la literalidad de las normas de ambos países, el plazo de prescripción *objetivo* -es decir, el que pasa por alto el conocimiento del legitimado- empieza a contarse desde la *realización* del acto, sin diferenciar si son de tracto sucesivo o instantáneo³⁰.

²⁹ La doctrina precisa que la posibilidad de formular las pretensiones no se refiere a obstáculos propios o intrínsecos del demandante, sino de las circunstancias de hecho que rodean la infracción. Cfr. CERVERA MARTÍNEZ, Marta. Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción, en Tratado de derecho de la competencia y la publicidad, José Antonio García Cruces (dir.), Tirant lo Blanch, p. 1919.

³⁰ Las diferencias entre los regímenes español y colombiano de prescripción pueden ser más hondas, porque la doctrina de ese país ha llegado, inclusive, al extremo de señalar que la prescripción objetiva de los actos desleales «no permite ser interrumpida, al punto que incluso... ha llegado a ser reconocido como un plazo de caducidad... que permitiría su apreciación de oficio por el juzgador sin necesidad de ser aducida de parte». Al respecto Cfr. BENEYTO, Killian. *Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal*, en Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal. Un estudio práctico de la ley de

La jurisprudencia de la Sala ha destacado que la consagración de dos plazos excluyentes de prescripción también se presenta en áreas jurídicas distintas a la competencia desleal:

el plazo prescriptivo [del artículo 23] está atado a un criterio subjetivo (el conocimiento del sujeto pasivo del comportamiento desleal, respecto de «la persona que realizó el acto»), y a otro objetivo (la materialización del ilícito concurrencial), debiéndose optar por el que se consolide primero, de modo análogo a lo que ocurre con las acciones derivadas del contrato de seguro (CSJ SC 3907, 8 sep. 2021, rad. 2011-00181).

Esta regulación de la prescripción extintiva se basa en la «*discovery rule*» (regla de descubrimiento) establecida por la jurisprudencia anglosajona para atenuar el rigor de términos prescriptivos (*statute of limitations*) que no se suspendían o interrumpían, ni siquiera porque el afectado ignorara que había padecido un daño latente cuyas secuelas podían apreciarse solamente cuando ya había pasado el tiempo de prescripción liberatoria, lo que obstaculizaba, en algunos casos sin razón, el derecho a reclamar indemnizaciones por la vía judicial³¹. Piénsese, por ejemplo, en daños a la persona por actos médicos o exposición a sustancias tóxicas, donde la víctima conoce el daño y su magnitud varios años después de ocurrido el hecho dañoso y configurado el término prescriptivo³².

competencia desleal (LCD), Valencia, Tirant lo Blanch, p.306. Esa posición es absolutamente contraria a la de Colombia, donde ambos plazos, subjetivo y objetivo, son de prescripción, y no de caducidad, por lo que requieren petición de parte y no pueden ser declarados oficiosamente.

³¹ PEÑA LÓPEZ, Fernando. *El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación*, InDret, 4, Barcelona, 2011, p. 13.

³² *Ibidem*.

Por eso, la Suprema Corte de Estados Unidos en el precedente *Urie vs. Thompson*³³, al resolver un caso sobre la ley de responsabilidad civil de los empleadores («*Federal Employers Liability act*») sentó:

*La sentencia decidía la reclamación de un empleado de ferrocarril que estuvo expuesto al polvo de sílice durante años a consecuencia de su trabajo en la máquina de propulsión del tren. El trabajador no llegó a conocer que había contraído silicosis hasta que habían transcurrido **casi treinta años desde sus primeras exposiciones al polvo de sílice**. El Tribunal Supremo, ante la alegación de prescripción de la parte demandada, declaró que cuando el Congreso promulgó la FELA y su statute of limitations no podía estar instituyendo una regla jurídica con la que se impidiese presentar una demanda de indemnización por daños antes de que la víctima hubiese siquiera descubierto (discover) que los había sufrido³⁴ (se destaca).*

Por ello:

razona sobre la teoría general del nacimiento de la cause of action, afirmando la necesidad de que todos sus presupuestos, incluyendo el daño, deben estar presentes para que ésta, efectivamente, nazca³⁵.

Pauta similar está en el precedente *United States vs. Kubrick* donde la misma Suprema Corte, al resolver un caso de responsabilidad civil extracontractual (*Torts*), señaló que «*el demandante debe conocer los hechos críticos de que ha sido lesionado y de quién le ha infligido la lesión*» para que empiece a computarse la prescripción³⁶.

³³ *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (Sup. Ct. 1949).

³⁴ PEÑA LÓPEZ, Fernando. Op. Cit., p. 15.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *United States v. Kubrick* 444 U.S. 111 (Sup. Ct. 1979).

La *Discovery rule* introduce aspectos subjetivos al cómputo de cortos plazos prescriptivos, que empiezan a correr desde que el afectado conozca el daño y no desde que ocurrió el hecho dañoso, garantizando la eficacia del derecho sustancial de acceder a la administración de justicia para obtener una tutela judicial efectiva, consideración que ha permeado la legislación de diversas áreas del derecho como los seguros o la competencia desleal.

La literalidad de las normas colombiana y española omiten diferenciar expresamente los actos de competencia desleal continuados (o de tracto sucesivo) e instantáneos. Se limitan a señalar que la prescripción *subjetiva* se configura luego de un año (en España) o dos (en Colombia) desde que el legitimado conozca al infractor; mientras que la *objetiva* acaece, respectivamente, en «*todo*» y «*cualquier caso*» por el transcurso de tres años a partir del «*momento de la realización del acto*», lo que permite afirmar que para las leyes española -versión original- y colombiana es indiferente el carácter instantáneo o continuado de las conductas desleales, para establecer cuándo prescriben.

Sin embargo, la jurisprudencia española empezó a sugerir que el *dies a quo* (primer día del término prescriptivo) dependía de si el acto desleal era *instantáneo o continuado*, pues el *dies ad quem* (en que se configura la prescripción extintiva) del segundo no ocurre mientras subsista la conducta o, lo que es igual, la prescripción se computa desde

la finalización del comportamiento desleal prolongado en el tiempo³⁷.

Esto es importante, porque el juez de primera instancia en el caso de la radicación acogió un criterio cercano al de la jurisprudencia española, el cual defiende Cotech en su demanda de casación, mientras que el Tribunal optó por un camino argumentativo diverso.

La posición de la jurisprudencia española no ha estado libre de divergencias pues, generalmente, la mayoría de conductas desleales en el mercado suelen ser de tracto sucesivo o ejecución continuada³⁸. Esa discusión interesa a la Sala para resolver el caso concreto y ejercer sus funciones casacionales de interés general (*ius constitutionis*) porque ha influido notablemente la práctica de la competencia desleal colombiana, como lo muestran los casos citados por demandante y demandados, así como el contraste entre las sentencias de primer y segundo grado proferidas en este asunto.

España zanjó definitivamente la polémica sobre la prescripción de los actos desleales *continuados o de tracto sucesivo* mediante la intervención del legislador que expidió la ley 29 de 2009 «*por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*», que varió el régimen anterior, así:

³⁷ BARONA VILAR, Silvia. *Op. Cit.*, p. 912 y 913.

³⁸ *Ibidem*, p. 906 y 921.

Artículo 23 de la ley 256 de 1996	Artículo 21 de la ley (española) 3 de 1991 «de Competencia Desleal».
«Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto» (se destaca).	«Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que puieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias» (se destaca).

La doctrina española explica que el cambio legislativo obedeció a que las pretensiones sobre la materia trascienden de solo resolver un conflicto privado, pues también sirven de «instrumento de control sobre las conductas del mercado»³⁹.

Eso quiere decir que, sin lugar a dudas, desde la modificación legal introducida al régimen español de prescripción, existe base normativa suficiente para diferenciar «actos instantáneos o duraderos» de competencia desleal, porque en los primeros se computa el término extintivo desde que el legitimado pudo formular las pretensiones e identificó al infractor, mientras que en los segundos el plazo se cuenta a partir de su finalización, es

³⁹ BENEYTO, Killian. *Op. Cit.*, p. 305 y 306.

decir, no prescriben mientras sigan ocurriendo⁴⁰. Eso sí, sólo puede reclamarse la indemnización de los perjuicios causados dentro de los tres años anteriores a la demanda, así sean consecuencia de actos desleales continuados⁴¹.

El anterior recorrido resalta que fue el legislador español -en vez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo- el que, a partir de 2009, zanjó cualquier discusión acerca del primer día de prescripción de los comportamientos desleales continuados, al tomar partido porque ese suceso ocurre una vez finalicen, es decir, que mientras sigan ocurriendo, generalmente, no prescriben.

Los anteriores argumentos revelan que el texto del artículo 23 de la ley 256 de 1996 sí regula con integridad la prescripción extintiva de los actos de competencia desleal, sin importar que sean continuados o instantáneos. La razón es sencilla: omitir diferenciar entre el momento en que se desarrolla el comportamiento para determinar el día que prescribe, muestra que eso resulta indiferente y que ambas clases de conductas, continuadas o instantáneas, tienen las mismas reglas de prescripción.

Tan evidente resulta lo anterior, que fue el legislador español quien tomó partido porque, desde 2009, los comportamientos continuados prescriban pasados tres años de su finalización, evento que no ha sucedido en Colombia, porque el artículo 23 de la ley 256 de 1996 se mantiene,

⁴⁰ Ibidem, p. 305 y 306.

⁴¹ CERVERA MARTÍNEZ, Marta. Op. Cit., p. 1919.

hasta la fecha, intacto y no ha sido objeto de modificaciones legislativas.

A lo anterior debe sumarse que más allá de afirmar la incompletitud de la norma, Cotech no expuso ningún argumento dirigido a sustentar cabalmente el supuesto vacío y la manera de colmarlo, lo que se erige en una razón adicional para concluir que la disposición es completa, no tiene vacíos y sí regula la prescripción tanto de los actos instantáneos como de los continuados de competencia desleal.

2.2. La prescripción liberatoria de actos *continuados* está claramente regulada en el artículo 23 de la Ley de Competencia Desleal.

La vaguedad o falta de claridad normativa faculta a los jueces para ejercer cierta discrecionalidad, libertad de acción o margen de apreciación con miras a emplear los criterios hermenéuticos y aplicarlos al caso concreto, pues el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes no son excusas válidas para abstenerse de resolver un asunto litigioso (art. 48 de la ley 153 de 1887).

La obscuridad de las normas puede obedecer a (I) una indeterminación lingüística de su contenido, o (II) lo inadecuada (absurda e irrazonable) que resulte la solución producto de aplicar la consecuencia jurídica al supuesto de

hecho⁴². A continuación, se explican ambas formas de falta de claridad normativa para verificar si alguna de ellas se presenta en el caso concreto.

2.2.1. La primera forma de obscuridad normativa, esta es, la indeterminación lingüística, está en el contenido de la disposición que se encuentra plagada de «*generalidades majestuosas*»⁴³, o sea, expresiones, frases o conceptos de bastante amplitud, pero sin contenido específico. La ausencia de claridad se desprende del texto normativo que no ofrece una respuesta concreta y que, de acuerdo con los criterios hermenéuticos, el intérprete deberá darle sentido para emplearla en el caso específico.

En palabras de la Sala, la solución está en aplicar los diversos criterios de interpretación de acuerdo con los cuales, la operación «*va más allá de reproducir formalmente las palabras que utilizó el legislador para gobernar una situación de hecho; en verdad consiste en extraer el contenido de los preceptos a partir de su literalidad, el contexto que sirvió para su proferimiento, las condiciones actuales de aplicación y su armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico*». (CSJ SC3627, 2 nov. 2021, Rad. 2014-58023-01).

2.2.2. La otra forma de obscuridad normativa se presenta cuando la norma sí es clara, es decir, se conoce claramente cuál es la consecuencia jurídica prevista para un supuesto de hecho; sin embargo, la solución que resulta de

⁴² SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 167.

⁴³ La doctrina cita como ejemplos las expresiones «*igualdad ante la ley*», «*esfuerzo razonable*» o «*demora injustificada*». Ibidem, p. 167.

aplicarla a un caso particular es totalmente absurda, irrazonable y contraria al sentido común. Esto es producto de que si el derecho es la regulación adecuada de los fenómenos humanos, las soluciones que provee deben ser razonables, de tal manera que el literalismo o una exégesis a ultranza no pueden conducir a resolver los conflictos en contra de las reglas del sentido común, como se predica de cualquier sistema de derecho, sea continental o del *common law*⁴⁴.

A Cotech le parece que el artículo 23 de la ley 156 de 1996 «*no es una norma clara en tratándose de actos de competencia desleal continuados*» razón por la que considera que «*existe un margen de interpretación sobre su aplicación en [esa] materia*». La demandante omitió señalar a cuáles eventos de ausencia de claridad se refería (si al derivado del contenido de la norma o del resultado de aplicación al caso concreto), por lo que la Corte establecerá si respecto de ese artículo se predica alguna de ellas.

Los términos consagrados en ese artículo son de prescripción extintiva, es decir, de extinción de la posibilidad a favor del legitimado para reclamar judicialmente por las conductas. De ahí que no puedan calificarse como plazos de caducidad, requieren petición de parte y no deben reconocerse oficiosamente pues quien «*quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla*» o, lo que es lo mismo, que «*el juez no puede declararla de oficio*» (art. 2513 C.C.), en

⁴⁴ SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 173, 174.

razón a que «[c]uando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada» (art. 282 CGP), al punto que si llegara a declararse oficiosamente puede estructurarse un motivo de casación por incongruencia (art. 336 # 3 del CGP).

Como se ha dicho, son dos plazos. Uno subjetivo, atado al conocimiento del infractor por el legitimado, y otro objetivo, vinculado a la realización de la conducta. Por supuesto, estos lapsos son excluyentes, es decir, verificado uno se hace innecesario acudir al otro y no pueden ser sucesivos, o sea, correr uno luego del otro.

En efecto, la primera parte de la disposición consagra una prescripción extintiva *subjetiva* de dos años, pues depende del momento en que el legitimado para reclamar conozca, identifique, individualice o sepa quién cometió la conducta contraria a la leal competencia económica. Se trata, como se ha dicho, de una regla fundada en la *discovery rule*, y permite que el término de prescripción empiece a computarse desde que el legitimado tenga consciencia no sólo de la conducta desleal, sino también de quién la perpetró.

Si bien es una regla bastante subjetiva (conocimiento) y podría referirse a lo que pasa en el interior del legitimado, y ello podría dificultar demostrar el *dies a quo* del plazo prescriptivo, para ello existe libertad demostrativa y el demandado podrá cumplir su carga de acreditación acudiendo a múltiples medios de convicción como

documentos que den cuenta de reclamaciones efectuadas por los comportamientos, testimonios que permitan establecer desde qué fecha sabía el demandante del perpetrador, confesión (como la deducida en el caso que ahora se somete a la Sala), indicios, o cualquier otro.

Se destaca que, si el legitimado conoce el comportamiento desleal, pero aún no su responsable, no puede comenzar a contarse el término subjetivo de prescripción. Eso sí, no podrá, en todo caso, transcurrir más de los tres años de la otra forma de prescripción a la que se hará referencia más adelante.

A diferencia de la norma española, la colombiana no exige, junto con el conocimiento del infractor, la posibilidad de ejercitar las pretensiones, pues la disposición no referencia ese supuesto de hecho que, por tanto, queda excluido.

El conocimiento del infractor por el legitimado no puede ser vago, ambiguo, sino preciso y suficiente, para que el legitimado pueda emprender acciones judiciales con bases fundadas, sin que se trate de un conocimiento absoluto e indubitable, porque precisamente la relativa incertidumbre sobre la viabilidad de las pretensiones se despejará con la sentencia⁴⁵.

⁴⁵ Sentencia citada en BENEYTO, Killian. Op. Cit., p. 304.

Tampoco se requiere que un acto administrativo, sentencia judicial o el propio infractor reconozca el autor del comportamiento desleal para que pueda predicarse conciencia sobre ese aspecto por parte del legitimado, pues, ello desconoce que, por regla general, no da lugar a prejudicialidad de las pretensiones derivadas de deslealtad económica.

De otro lado, la segunda parte de la norma consagra una prescripción extintiva *objetiva*, que se configura «*en todo caso*» cuando transcurran tres años desde la «*realización del acto*» desleal.

Precisamente, vale recordar, que en España el vocablo «*realización*» fue reemplazado por «*finalización*», lo que en ese país permite diferenciar entre conductas continuadas e instantáneas, las primeras de las cuales sólo prescribirán cuando hubieren terminado. Algo diferente sucede en Colombia, donde el artículo 23 no permite hacer esa diferenciación, por la sencilla pero poderosa razón de que al legislador le resultó indiferente si el comportamiento desleal se prolongaba o no en el tiempo, pues determinó el momento en que se consideraba prescrito.

Tanto la prescripción subjetiva como la objetiva tienen unas reglas comunes:

(I) Las normas que las regulan son de interpretación restrictiva y no extensiva, pues sancionan la inacción del

reclamante. La falta de ejercicio suele denotar abandono del derecho;

(II) El prescribiente tiene la carga de probar los supuestos de hecho del tipo de prescripción que invoca, sobre todo el día en que empezó a contarse el término (*dies a quo*), es decir, cuándo el demandante conoció al infractor en el caso de la modalidad subjetiva o el instante en que se realizó la conducta para la objetiva; y

(III) No distingue entre comportamientos continuados o instantáneos, solamente diferencia dos maneras de prescripción, una subjetiva derivada del conocimiento del infractor, y otra objetiva relacionada con la realización de la conducta.

Así las cosas, el artículo 23 no presenta la oscuridad planteada en el cargo, pues regula claramente la prescripción de las conductas desleales, al margen de que sean instantáneas o continuadas.

La aplicación de la norma al caso concreto es razonable, está lejos de producir una decisión absurda o contraria al sentido común, aspecto que ni siquiera mencionó Cotech en su recurso. Esto es así porque no observa la Sala falta de razonabilidad en punto a la conclusión que los actos desleales (continuados o instantáneos) prescriban a los dos años siguientes al conocimiento del infractor por el legitimado.

Las anteriores consideraciones son corroboradas por la aplicación de los criterios de hermenéutica jurídica. En efecto, el método gramatical ordena atender el sentido de la ley cuando es claro (art. 27 C.C.), como sucede con el artículo 23 de la ley 256 de 1996 que señala con absoluta claridad que las conductas reprochadas prescriben, en todo caso, pasado el plazo respectivo luego de su «*realización*», o sea, desde su ocurrencia, con absoluta independencia de si se mantiene o no en el tiempo.

El criterio sistemático también respalda ese entendimiento pues resulta acorde con el propósito del régimen de competencia desleal «*mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado*» (art. 1° ley 256 de 1996), pues ello se traduce en que el legitimado debe reclamar oportunamente ante la administración de justicia, lo que proscribe la presentación de demandas tardías.

En conclusión, a la luz del artículo 23 de la ley 256 de 1996 los actos de competencia desleal, sin importar que sean continuados o instantáneos, prescriben transcurridos dos años desde que el legitimado identifica al infractor o, de todas maneras, transcurridos tres años luego de la realización de la conducta, por lo que el cargo resulta impróspero.

CARGO SEGUNDO

Bajo el segundo motivo, sustentó la violación indirecta de la ley sustancial como resultado de errores de derecho por

desconocimiento de los artículos 191, 196 y 197 del Código General del Proceso, y, de hecho.

Dijo que las equivocaciones jurídicas consistieron en deducir confesiones de la demanda y del interrogatorio de Cotech para acreditar tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*, para lo cual identificó los apartes respectivos de esos materiales y las conclusiones del Tribunal en punto a que Cotech sabía de las conductas desleales y sus autores hacia los años 2012 y 2013.

Invocó los siguientes errores de derecho:

1. Sobre el precepto 191 del Código General del Proceso precisó que la confesión debe ser expresa y conducente, o sea que el hecho pueda probarse por ese medio y no por otro que exija la ley. Sin embargo, el *ad quem* «*uni[ó] varias frases que de ninguna manera puede ser consideradas como confesión expresa*» y obvió las atestaciones expresas, conscientes y libres de Cotech de que conoció en 2014 los actos desleales, para «*presum[ir] que ese conocimiento se remontaba hasta el 2013, año en el cual Uber Colombia S.A.S., se registró ante Cámara de Comercio*», sin que eso se hubiera explicitado. Agregó que, si la violación de normas se fundó en la ausencia de habilitación para prestar servicios de transporte expedida por la autoridad competente a favor de las demandadas, «*se requiere una prueba... documental, razón por la cual no bastará... la sola confesión*», pues «*la ley exige un medio de prueba diferente... para acreditar su existencia*», hecho que tan solo ocurrió el 30 de diciembre de 2014 cuando la

Superintendencia de Puertos y Transporte expidió la Circular n.º 24.

2. Respecto del canon 196 *ibidem* argumentó desconocimiento de la indivisibilidad de la confesión, específicamente «[de] las modificaciones, aclaraciones y explicaciones... frente a la relación fáctica del libelo genitor... particularmente... el descorre traslado de las contestaciones [de la demanda] y ... el interrogatorio de... Cotech», sobre los que no se pronunció el Tribunal, agregando que la expedición de la sentencia anticipada «privó a la demandante de la posibilidad de pedir pruebas en segunda instancia y alegar de conclusión», lo cual hubiera «aclarado... las circunstancias que rodearon la “supuesta confesión”».

3. Preciso que el desconocimiento de la regla 197 *eiusdem* (relacionado con la infirmación de la confesión) sucedió por haber «cercen[ado] la posibilidad de que se aportaran pruebas o hubiera oposición frente al dicho de las demandadas en segunda instancia y... desconoció que... existían... elementos probatorios que aclaraban y dejaban sin efecto las afirmaciones a partir de las cuales el ad quem concluyó la existencia de confesión», los cuales no fueron contrastados. Agregó que el Tribunal se contradijo cuando tomó como inicio de la prescripción el 15 de octubre de 2013 (ingreso de Uber Col al mercado), de acuerdo con su certificado de existencia y representación legal, pero sostuvo que desde antes (2012) la demandante conocía los comportamientos, pues si esa compañía ingresó al mercado

en 2013, Cotech no podía saber de los actos desleales desde 2012.

Sumó a sus argumentos que las pruebas aportadas con las contestaciones de demanda datan de 2013 y *«fue confesado por... los titulares de la aplicación Uber, que... no estuvo disponible en Colombia si no hasta finales de 2013 y... Uber X... hasta finales de 2014»*, lo que demuestra que *«las afirmaciones del tribunal son vagas y no observan la multiplicidad de pruebas contrarias a las presuntas confesiones»*, lo que estructura el error de derecho sobre la última norma procesal citada.

Especificó los siguientes errores de hecho:

1. Citó la valoración probatoria en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica según el precepto 176 *ibid*, vulnerado por haberse omitido apreciar las probanzas según esas reglas, alterar los medios suasorios y omitirlos. Precisó que la confesión expresa de las demandadas (sobre la titularidad de la aplicación Uber y el inicio de las actividades en Colombia), la primera circular de la Superintendencia de Puertos y Transportes (n.º 24 de 30 de diciembre de 2014) sobre la ilegalidad de Uber Black y los artículos de prensa presentados al descorrer el traslado de las excepciones de mérito fueron omitidas, mientras que el certificado de existencia y representación de Uber Col fue *«incorrectamente apreciado o alterado»* por el Tribunal.

2. Identificó apartes de la demanda sobre que en 2012 aparecieron en Colombia empresas con objetos similares a Cotech para resaltar que no constituyen confesión expresa.

3. Sostuvo que la mención de la reducción de las llamadas a Cotech en 2013 no demuestra la fecha del acto desleal.

4. Precisó que el Tribunal se contradijo al restarle credibilidad a Cotech cuando en el interrogatorio dijo haber conocido el servicio de Uber Black en noviembre de 2014 pues entre esa fecha y la presentación de la demanda había pasado menos de dos años, y no varios como se dijo en la demanda.

Argumentó que si aún se apartara de la tesis sobre prescripción de los actos desleales continuados, en todo caso no habría operado ese fenómeno extintivo por la falta de «*validez*» de las confesiones deducidas por el Tribunal.

Para hacer más evidente el «*yerro de hecho*», señaló que Uber Col «*no tenía presencia alguna en Colombia en el año 2012*», pues se constituyó «*en octubre de 2013*», aclarando que la constitución no siempre coincide con el inicio de los actos que afectan el mercado, pues en la demanda se relató que «*en ese año empezaron a aparecer aplicaciones móviles para la prestación de servicios de transporte, inclusive la Red Amarilla de Cotech, [y] no que Uber empezó a prestar sus servicios en ese año...*, pues estos, como ha quedado

demostrado, iniciaron en noviembre de 2014», sin que exista prueba del conocimiento anterior, ni 2013 ó 2012.

Reprochó que los actos de competencia desleal se contaran desde la constitución de la persona jurídica que los cometió, en vez de cuando se realizaron, y las normas del sector transporte exigen que lo presten personas jurídicas constituidas en Colombia mediante una habilitación de la autoridad competente, lo que se deriva en que la sola constitución de Uber Col no puede tomarse como *«la comisión de la conducta desleal»*.

Destacó que la transgresión de las normas del transporte en taxi se dio por varios comportamientos como el uso de vehículos blancos de transporte especial.

Precisó que Uber Tech declaró que el servicio Uber X estuvo disponible en Colombia a finales de 2014; que Uber B.V. señaló que la aplicación estuvo disponible desde octubre de 2013 (lo que contradice la fecha identificada por el Tribunal como *dies a quo*); que Uber Col aceptó que empezó a operar a finales de 2014; que el servicio de las demandadas operó inicialmente con los vehículos de transporte especial, pero luego, Uber X se lanzó en noviembre de 2014, todo lo cual descarta confesión de prescripción.

Refirió que debe computarse la prescripción desde el 30 de diciembre de 2014, fecha en que el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte anunció la ilegalidad de

Uber, máxime cuando se desconocía desde el inicio si el servicio era o no ilegal.

Afirmó sobre la prescripción de tres años que la demanda podía haberse radicado en octubre de 2016, pese a que se presentó en abril de ese año, a lo que sumó que *«la prescripción es una sanción por inactividad»*

Recordó que dos de las demandadas son sociedades extranjeras, lo cual impide tener como inicio de las conductas la constitución de Uber Col, además de que las conductas no se dieron en un solo momento, pues ellas confesaron que empezaron con vehículos de transporte especial y, luego, con Uber X, lanzado públicamente en noviembre de 2014, los cuales vulneran las normas de transporte.

Señaló que *«el conocimiento de la ilegalidad de la conducta... se da solo hasta [el] 30 de diciembre de 2014»*, fecha en que la Superintendencia de Tránsito y Transporte anuncia la *«ilegalidad de Uber»*, por lo que *«podía iniciar la acción hasta 30 de diciembre de 2016»*, máxime cuando desconocía si Uber Col estaba habilitada o no para prestar servicio de transporte, dadas las peculiaridades de los vehículos de transporte especial.

Finalizó diciendo que el conocimiento de los comportamientos desleales se configuró una vez se ejecutaron en el mercado, es decir, noviembre de 2014, y la Superintendencia de Puertos y Transporte estableció la *«inhabilitación»* de las demandadas, *«hechos que ocurrieron en todo caso en 2015»*.

CONSIDERACIONES

El segundo cargo carece de normas sustanciales vulneradas de manera indirecta, a pesar de que era indispensable que se citara, al menos, una de ellas. Esa sola falencia sería suficiente para negar el cargo. Sin embargo, la Sala se ocupará de los errores de hecho y de derecho imputados al Tribunal con el fin de explicar por qué no se configuraron.

1. Resultan incomprensibles las razones por las que Cotech sostuvo que el *ad quem* transgredió el artículo 191 del Código General del Proceso, pues no se explicaron los motivos por los que la confesión acerca del momento en que conoció las actividades que originaron la demanda no fue expresa, pues el Tribunal extrajo esa prueba de la demanda y la declaración de parte de su representante legal.

La oscuridad del planteamiento también se predica sobre la otra parte del mismo yerro, pues Cotech se limitó a sostener que, en su criterio, la ley exige un medio de prueba distinto a la confesión para probar el momento en que el legitimado identificó al infractor, sin precisar cuál es esa disposición. En todo caso, como ya se explicó al resolver el primer cargo, la autoridad judicial de competencia desleal goza de competencia y autonomía para determinar y, según el caso, declarar que un comportamiento desleal en el mercado ocurrió, sin que deba esperar a que otra entidad

administrativa o judicial se pronuncie pues, se reitera, no existe prejudicialidad sobre esa materia.

2. Tampoco se configuró la transgresión inmediata del precepto 196 del *ibidem*, relacionado con la indivisibilidad de la confesión que Cotech dijo haber ocurrido por desconocimiento por parte del Tribunal de sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones frente a las manifestaciones de la demanda sobre la fecha en que conoció a los infractores de los comportamientos que motivaron la demanda, además de habersele privado de la oportunidad de pedir pruebas y alegar de conclusión en segunda instancia por haberse proferido sentencia anticipada.

Sea lo primero deslindar la segunda parte del yerro, pues devela entremezclamiento indebido de motivos de casación. Una cosa sería la omisión de la oportunidad para solicitar, practicar o decretar pruebas, así como para alegar de conclusión, y otra bien distinta el desconocimiento de la indivisibilidad de la confesión. La diferencia radica en que las primeras circunstancias -de haberse presentado- edificarían una nulidad del proceso, es decir, la causal quinta de casación, mientras que la segunda edificaría desconocimiento indirecto de la ley sustancial por la comisión de un error de derecho. Comoquiera que en la demanda de casación no se invocó ni sustentó la causal quinta, la Sala hace a un lado los aspectos relacionados con ella.

Sobre la prohibición de fragmentar la confesión la Sala ha dicho que:

La garantía de la indivisibilidad se justifica por respeto a la forma como el confesante se pronunció para admitir un hecho en contra de sus intereses, pero, con agregaciones o condicionamientos no desquiciados, de modo tal que al dividirla impondría un trato desproporcionado e injusto.

Tanto el C. de P. C., como el Código General del Proceso, han señalado que la esencia de la confesión versa sobre hechos que generan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que la ley no exija otro medio de prueba. Puede ser llana o simple admitiendo el hecho tal cual lo expuso su contraparte; pero también calificada, porque le agrega elementos, modificaciones, aclaraciones, explicaciones, circunstancias que por consiguiente pasan a matizarla y transformarla. En este caso, cuando el confesante condiciona el hecho que le es perjudicial y le atribuye elementos diferentes o complementarios a los asignados por su contradictor, se muta en indivisible y, por lo tanto, deberá aceptarse con esas modificaciones, características o condicionamientos para no atentar contra este principio de consustancialidad o inherencia probatoria del medio de convicción.

La regla anterior, sin embargo, no es absoluta. Como lo establecía el Código de Procedimiento Civil (artículo 200) y ahora lo reitera el canon 196 del Código General del Proceso, la confesión calificada, indivisible, se transforma en llana en aquellos eventos en que, respecto de las circunstancias agregadas, las cuales, generalmente, benefician al confesante, en el proceso "exista prueba que las desvirtúe". Se habla también de confesión simple cuando hay lugar a separar los hechos agregados que no guardan "íntima conexión" con el que agravia a la parte (CSJ SC379, 1 sep. 2021, rad. 2015-00675)

Siguiendo los precedentes de la Sala, era indispensable que Cotech detallara cuáles fueron aquellas explicaciones o aclaraciones que, a pesar de tener «*íntima conexión*», fueron divididas o separadas por el Tribunal para establecer una confesión que tendría un alcance distinto de haberse respetado esa regla probatoria. Esto se traduce en que la demandante solamente invocó el postulado de la

indivisibilidad de la confesión, sin sustentar de manera suficiente, como era su deber, la forma en que sucedió.

3. Mucho menos se transgredió el artículo 197 *ejusdem* que establece la infirmación de la confesión, esto es, la posibilidad de desvirtuarla mediante otras pruebas. En primer lugar, porque para estructurarla Cotech aludió a supuestos yerros procedimentales derivados de haberse proferido sentencia anticipada que, como ya se ha dicho, no se hicieron valer por el camino que correspondía; en segundo término, reflejan que la demandante busca que prevalezca su visión sobre otros elementos de juicio con el fin de sustentar que la fecha en que supo de los infractores de las reglas del mercado fue distinta a la establecida por el *ad quem*, sin que ello equivalga a estructurar un verdadero yerro jurídico-probatorio. Esto quiere decir que Cotech no invoca la transgresión de tal regla probatoria, sino que aspira que sea acogida su manera de interpretar el material de convicción, lo cual está lejos de constituir un error de derecho.

4. Algo parecido se predica del supuesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica y la valoración en conjunto de las pruebas, invocado como un error de hecho, a pesar de que equivale a uno de derecho por tratarse de la transgresión del artículo 176 *ejusdem*. Además, no se evidencia que los medios de convicción señalados por Cotech (supuesta confesión de las demandadas, circular n. ° 24 de 30 de diciembre de 2014 o notas de prensa) fueron objeto de adición o supresión en su contenido objetivo, circunstancia que, por demás, debe establecerse de forma

evidente y manifiesta para que estructure un verdadero yerro de hecho.

5. Resultan livianas las alusiones a los apartes de la demanda para deducir sin mayores explicaciones que no hubo confesión sobre la fecha en que la demandante conoció a los infractores, pues no desvirtúan las conclusiones del Tribunal para tener por probado ese aspecto. Lo mismo sucede con la alusión de la reducción de llamadas en 2013, pues la accionante no desarrolló cómo daba pie a un defecto fáctico cometido al momento de establecer la fecha de conocimiento de la infracción por parte del legitimado, de lo cual depende el día de cumplimiento del término prescriptivo.

6. Finalmente, las alusiones deshilvanadas sobre la fecha en la que se presentaron los comportamientos desleales solo buscan que la Sala acoja el criterio probatorio del demandante, en perjuicio del adoptado por el Tribunal, lo que de ninguna forma estructura un defecto de hecho que se presenta, vale la pena recordarlo, cuando se altere de manera manifiesta y evidente, el contenido objetivo y material de una prueba, por adición o cercenamiento. Tampoco tienen el peso suficiente las alusiones al momento en que se constituyó como sociedad Uber Col, entre otros aspectos sin ningún orden en la exposición.

Así las cosas, por estas razones, resulta infundado el segundo cargo.

DECISIÓN

Primero: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, profirió el 18 de junio de 2020 en el proceso declarativo promovido por Comunicaciones Tech y Transporte S.A. – Cotech S.A. contra Uber B.V., Uber Technologies, Inc. y Uber Colombia S.A.S.

Segundo: Condenar en costas a la demandante Comunicaciones Tech y Transporte S.A. – Cotech S.A., las que serán liquidadas en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso en concordancia con el canon 625, numeral 1, literal c) *in fine* de la misma obra, incluyendo \$6.000.000 por concepto de agencias en derecho que fija el magistrado ponente.

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

Notifíquese,

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO
LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Con ausencia justificada

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

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: 5A9E457315DB12D746A4C3FFA9077600A2EC5F595CCD73A38442836E034ADFE2

Documento generado en 2023-10-10