



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 02 DE 15 DE FEBRERO DE 2013

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1.1
Sala Civil

Problema jurídico por resolver:

Debe la Sala determinar si la condición a la que estaba sometido el pago de los títulos valores (negocio causal) fue cumplida por la actora.

“Partiendo del hecho que los títulos valores arrimados al informativo están revestidos de acción cambiaria o ejecutiva y provienen de un acuerdo como se anotó líneas atrás, resulta inescindiblemente relacionado con el de suministro suscrito entre clínicas jasban ltda. y tempro s.a. al punto, que este último termina involucrando a la aquí convocante –vitelsa s.a.- como tercero con interés, en su condición de beneficiaria de los cheques girados para el pago de obligación contraída, que a la postre resultaron impagados. por ello, en este caso no se puede pregonar la aplicación del principio de la relatividad de los contratos -res inter alios acta-, que resulta morigerado, en la medida que vitelsa s.a. claramente precisó no tener ningún tipo de responsabilidad en los inconvenientes que surgieran de la negociación atinente al suministro e instalación, razón por la cual y desde ahora ha de anotarse que en este fallo se llegará, de igual forma, al decaimiento de la acción emprendida, en razón a que la convocante al juicio ejecutivo no acreditó el cumplimiento de las obligaciones que daban lugar al cobro de esos cheques, como se convino en el acta de recibo de los mismos ”(...)

a) Demanda: Acatando la orden contenida en el fallo de tutela emitido por la Honorable Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil- el día 23 de agosto del año en curso, decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia adiada el 9 de agosto de 2011, proferida en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá.

ANTECEDENTES El 26 de marzo de 2009 (fl 11 c.1) la persona jurídica VIDRIOS TEMPLADOS y LAMINADOS DE SANTANDER S.A. -VITELSA S.A.- entabló demanda ejecutiva singular contra la sociedad CLÍNICAS JASBAN LTDA. pretendiendo se libre mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero: a) respecto del cheque No. 0000681: \$72.375.000 más los intereses moratorios causados desde el 5 de noviembre de 2008 y hasta el pago real de la obligación, y b) frente al pagaré (sic) No. 0000681: \$72.526.648 más los réditos de mora del 19 de diciembre de 2007 y hasta que se verifique la cancelación de la acreencia (fl 8 c.1).

Las súplicas se apoyan en los fundamentos de facto que a continuación se citan (fls 8 y 9 c.1):

a) Los cheques Nos. 0000680 y 0000681 fueron presentados en tiempo para el pago ante la Cámara de Compensación, resultando impagos por la causal “orden de no pago”.

b) “Los títulos valores anteriormente citados fueron debidamente protestado (sic) y levantados los sellos”.

c) La demandada se encuentra en mora en el pago de la obligación y, en consecuencia, adeuda intereses moratorios a la tasa comercial corriente establecida por la Superintendencia Financiera, causados desde el 5 de noviembre y 19 de docebre (sic) de 2008 y hasta cuando ocurra el pago real y efectivo.

El extremo pasivo se opuso a las pretensiones de la demanda y, oportunamente, formuló las excepciones de mérito que denominó: “INEXISTENCIA DE CONTRATO ENTRE LAS PARTES”, “COBRO INDEBIDO DE LOS TITULOS VALORES”, “INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR VITELSA”, “COBRO CONDICIONADO DE LOS TITULOS”, “COBRO DE LOS TITULOS VALORES EN CONTRAVIA DE COMPROMISOS ADQUIRIDOS Y DE LAS INSTRUCCIONES ACORDADAS”, “INEXISTENCIA DE CAUSA PARA EL COBRO DE LOS TITULOS VALORES”, “INEXIGIBILIDAD DE LOS TITULOS VALORES BASE DE LA ACCION”, “MALA FE DE LA PARTE ACTORA” e “INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE TEMPRO S.A.” (fls 101 a 122 c.1).(...)

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Tras historiar el litigio e indicar la concurrencia de los requisitos necesarios para decidirlo, señala que en el presente juicio se ejerce la acción cambiaria autorizada por el numeral 2º del artículo 798 del C. de Co. y que los cheques base de la acción no fueron tachados de falsos.

Cita los artículos 1757 del C.C., 174 y 177 del C. de P.C. y menciona que la simple manifestación de cualquier inconformidad o insatisfacción con la pretensión ejecutiva no es suficiente para entender que se ha propuesto una excepción, pues quien invoca un medio exceptivo debe proveer los medios fácticos y probatorios que le permitan al juzgador llegar a la convicción suficiente de que la obligación, o bien no ha surgido a la vida jurídica, o bien se ha extinguido.

7.- Precisa las características de los títulos valores y determina que la excepción derivada del negocio jurídico está llamada al fracaso porque en el contrato arrojado al plenario no figura como parte la sociedad demandante, habiéndose celebrado el mismo entre CLINICAS JASBAN y TEMPRO S.A.; en consecuencia, con estribo en el numeral 12 del artículo 784 del C. de Co., el contrato le es inoponible al ejecutante.

El tema del incumplimiento del negocio jurídico resulta inane para enervar la acción cambiaria que autónomamente se cobra en la actuación, la que se ajusta plenamente a los artículos 621, 709 y 712 de la ley mercantil.

8.- En punto del reparo consistente en que el pago de los cheques se encontraba sometido a condición anota que al revisar los documentos no se observa que los mismos contengan cláusulas restrictivas y relativas a la intención de no hacerlo negociable, lo que indica que podía circular libremente y ser cobrado por su legítimo tenedor -artículo 647 del C. de Co.-.

De manera que si los títulos valores no son descargados a favor del tenedor legitimado, éste cuenta con la acción cambiaria para hacer valer su derecho conforme al artículo 780 ejúsdem.

9.- En el sub-lite, la mala fe se fundamentó en unos actos que debieron acreditarse al interior del proceso. Además, pregona el artículo 769 del C.C. que la buena fe se presume, mientras que lo contrario se debe probar.

. EL RECURSO DE APELACIÓN

10.- El extremo inconforme sustentó su disenso en los argumentos que a continuación se compendian (fls 297 a 301 c.1 y 10 a 21 c.6):

10.1.- En el caso concreto se demostró plenamente que el cobro de los títulos estaba sometido a condición y al cumplimiento de obligaciones del tenedor -hoy demandante-. A folios 43 y 44 se observa que en el documento el representante legal de la parte actora “se obligó que previo a consignar los cheques para su cobro, debía obtener la autorización del girador, o lo que es lo mismo, que antes de la presentación para el pago se debía contar con la autorización del girador, por estar condicionado éste al cumplimiento de obligaciones tanto de la demandante (entregar 1974 mts 2 de vidrio a la demandada), como de la empresa Temprow S.A. (instalar vidrios y perfilería según avances de obra acordados)”. Esta condición, propuesta y expresamente aceptada por la ejecutante, y cuyo cumplimiento era previo al pago, supeditaba el cobro de los títulos, y al no ser cumplida no se dan los presupuestos para la exigibilidad de la obligación contenida en los cheques.

En el proceso se probó que TEMPROW S.A. no cumplió con la instalación y que VITELSA S.A. no entregó los vidrios, “evento este contemplado como hecho futuro detonante de la exigibilidad de la obligación cambiaria”.

10.2.- En la actuación no se discutió la veracidad de los títulos valores, ni su tenor literal ni el contenido de los mismos, pero sí la imposibilidad de cobrarlos válidamente por estar sometido ese cobro a condición y cumplimiento de ciertas obligaciones, resultando aplicables los numerales 12 y 13 del artículo 784 del C. de Co.

10.3.- Que “(...) si se hubiese hecho valoración de las pruebas, se habría aceptado la contraposición expuesta donde se señaló (sic) que los demandantes no se encontraban en la situación de lo señalado en el artículo 1506 del Código (sic) Civil como lo afirmaron en folio 143 en el traslado de la contestación, SINO que se encontraban en la situación del Artículo (sic) 1507 del Código (sic) Civil “PROMESA POR OTRO”, con todas las consecuencias que esto amerita, entre ellas tenérseles como parte del contrato con obligaciones que no cumplieron y que fueron el origen de la creación y entrega de los cheques”.

10.4.- Agrega, en el trámite de esta instancia, que VITELSA S.A. no es absolutamente ajena al negocio jurídico concausal porque en la redacción del mismo se incluyó tanto en los derechos como en las obligaciones, “(...) allí (sic) claramente se estipuló que sería el beneficiario directo del pago del

precio de los vidrios, lo cual se haría mediante cheques girados a ella como primer beneficiario; igualmente se estipuló allí (sic) que la demandante VITELSA S.A, (sic) entregaría directamente los vidrios a CLINICAS JASBAN y que esta última debía (sic) autorizar el pago de los cheques”.

10.5.- Se podría afirmar que las estipulaciones no vinculan u obligan a VITELSA S.A. por no haber suscrito el contrato sino fuera porque obra en el expediente plena prueba, oportunamente allegada y que no fue tachada de falsa, que acredita que la mentada sociedad aceptó lo acordado y se obligó, así

a) A folio 44 reposa documento suscrito por el representante legal de VITELSA S.A. en el que acepta que el pago de los cheques queda supeditado no solo a la entrega de los vidrios a CLÍNICAS JASBAN sino a la autorización que esta última expida.

b) Por tanto, VITELSA S.A. aceptó no solo el pago de los cheques girados a su favor con origen en el contrato de suministro e instalación de vidrios, sino también a las siguientes condiciones de su giro y exigibilidad: i) que fueron restringidos en su negociabilidad porque fueron girados con cruce de páguese únicamente al primer beneficiario, ii) que su pago y exigibilidad estaba sometido a la efectiva entrega de los vidrios a CLÍNICAS JASBAN LTDA., y iii) que para la presentación para el pago de los cheques, por expresa aceptación de VITELSA S.A., estaba sometida a la autorización de CLÍNICAS JASBAN LTDA. (...)

10.6.- Reitera que “(...) es absolutamente claro que VITELSA SA (sic), por expresa y demostrada manifestación de voluntad, y aunque no participó inicialmente del contrato, si se vinculo (sic) al mismo, especialmente a las estipulaciones que tenían (sic) relación, con la entrega de los vidrios (sic), el pago del precio, la restricción negocial de los cheques y el sometimiento de su presentación y pago a la previa autorización de CLINICAS JASBAN LTDA.”.

10.7.- El Juez de primera instancia omitió analizar si VITELSA S.A. era una persona ajena al negocio jurídico o si se encontraba inmersa en una de las excepciones de la regla “que los contratos solo producen efectos a favor y en contra (sic) de las partes, excepciones como la estipulación para otro y la promesa por otro”.

No se configura la excepción “estipulación para otro” por el hecho de otorgarle el beneficio de que se giraran los cheques a su nombre, “pues esta estipulación era para cancelar el valor acordado en el contrato de suministro e instalación, y la orden G-601, donde TEMPRO S.A. tendría el interés que se hiciera, para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas”. Además, la doctrina ha señalado como requisito de la estipulación en favor de otro que el beneficiario no tenga injerencia e intervención en el contrato, “contrario sensu sucedió en el caso que nos atañe, pues como se puede observar en folio 27 del expediente, en el contrato la forma de pago se realizó (sic) por exigencias de VITELSA S.A.”.

El fallador de instancia no se pronunció sobre las excepciones a la regla que en derecho romano llamaban “res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest”.

c) Consideraciones:

También cabe destacar de ese documento que obra al folio 43 que el Gerente de Vitelsa S. A. fue claro en precisar en el Acta de Recibo de los Cheques girados por Clínicas Jasban Ltda. que los mismos tenían origen: “..., **en cumplimiento de lo acordado por las sociedades TEMPRO S. A. y CLINICAS JASBAN** mediante Acta de Convenio de 10 de septiembre 2008,

Contrato de Suministro e Instalación de 11 de septiembre de 2008, firmado el 10 de septiembre de 2008, Orden de Compra G-601 de CLINICAS JASBAN LTDA. de 10 de septiembre de 2008...”.

Del aparte primeramente transcrito en precedencia, refulge que la giradora supeditó el cobro de los títulos valores, dos de los cuales se persigue el recaudo en este proceso ejecutivo, a una autorización previa emitida por ella misma, proceder que sin lugar a dudas contraría la esencia del cheque, esto es, contener una orden **incondicional** de pagar una determinada suma de dinero.

Desde este punto de vista, la prevención aquella que dice sobre la orden incondicional de pago resulta ser una disposición inherente a su propia esencia, que impide, en principio, su contradicción. No obstante ello, puede ser revocada por el librador bajo su responsabilidad, lo que supone ya estar creado, como aquí aconteció (artículo 724 ib.). Por tanto, es incuestionable que desde su misma creación su literalidad deba estar definida, la orden de pago allí contenida no es posible condicionarla, porque no cabe, so pena de desnaturalizarlo, valga el ejemplo: de un lado del documento (anverso) se le imparta al banco una orden para la solución de una determinada suma de dinero y, de otro lado, -en documento accesorio- se le prevenga al único beneficiario, por estar limitada la negociabilidad del mismo, sobre el previo cumplimiento de una determinada condición para su solución, que al no haber sido acatada por el beneficiario dio lugar a la revocación de la orden incondicional, circunstancia bajo la cual el banco librado no debe atender a la previsión del artículo 720 del estatuto mercantil, bajo esa óptica entiende la Sala el alcance del artículo 717 ejusdem en el sub-examine. (...)

Puestas así las cosas, de lo antes discurrido no es de recibo estipulación en el sentido que para hacer efectivos los cheques Nos. 0000680 y 0000681 librados por CLÍNICAS JASBAN LTDA. a la orden de VITELSA S.A., debía previamente esta última obtener autorización del girador, pues simple y llanamente se estarían desnaturalizando esos instrumentos cambiarios.

Al respecto, consideran los Tratadistas BERNARDO TRUJILLO CALLE y DIEGO TRUJILLO TURIZO que: “(...) si la orden se condiciona, el cheque es nulo...” (De los Títulos Valores, octava edición. Tomo II, parte especial. pág., 242. Editorial Leyer. Bogotá, 2008).

*Vistas así las cosas y con independencia de las condiciones estipuladas en el contrato de suministro e instalación celebrado el 10 de septiembre de 2008 entre CLÍNICAS JASBAN LTDA. y TEMPRO S.A. (fls 23 a 35 c.1), negocio jurídico respecto del cual la parte aquí actora precisó en la referida acta de recibo que ese contrato se había convenido entre las antes mencionadas, exclusivamente, y si algún inconveniente se presentaba, “...VITELSA S. A. no tiene ningún tipo de responsabilidad al respecto”, lo cierto e indiscutible es que el cheque, dada su naturaleza y la forma como está contemplado en la normatividad comercial, no puede estar sometido a condición, se itera, por haberse supeditado la solución de los instrumentos báculo de la demanda a una autorización previa de la libradora, contrariándose así uno de los requisitos esenciales exigidos por la ley mercantil para tener la connotación de título valor cheque: “La orden **incondicional** de pagar una determinada suma de dinero”.*

En esa línea de razonamiento viene al caso hacer cita de jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- que puntualiza que cuando en el litigio sólo intervienen quienes participaron en la

creación del título valor, como aquí ocurre, esto es, el creador o girador y el beneficiario, el principio de la **literalidad** previsto para todos los títulos valores en el artículo 626 del Código de Comercio, no es absoluto, cambia de forma, de estructura, de fenomenología porque lo pétreo e inmodificable en lo textual de las palabras, que los caracteriza, se torna relativa y maleable, pues cualquiera de las partes puede probar lo contrario del texto literal, aunque no se haya firmado con salvedades.

En esa temática dijo: “La literalidad, en particular, determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponérsele excepciones distintas a las que de él surjan. Es de ver, con todo, que por cuanto la consagración de la literalidad es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracartulares entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación, es obvio que ella está consagrada exclusivamente en beneficio de los terceros tenedores de buena fe, pues este principio no pretende propiciar el fraude en las relaciones cambiarias. **Es apenas lógico entender el porqué no puede predicarse absolutamente la literalidad entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente, determinante de la creación o la emisión del título valor, ya que en este caso no estaría en juego la seguridad en el tráfico jurídico, prevista como razón fundamental para su consagración legal. Por idéntico motivo, el alcance de presunción legal que ostenta este principio respecto de terceros, en el sentido de considerar que la existencia y magnitud del derecho se condiciona y mide el contenido del documento mismo, cede ante la prueba que acredite el conocimiento de los mismos en torno a la situación subyacente, constitutiva de excepción personal frente a él...**”(Sentencia Casación, 19 de abril de 1993 Mag. Pon. Dr. Eduardo García Sarmiento).

Lo discurrido en precedencia permite inferir que dentro de la literalidad de los títulos valores materia de esta ejecución debe considerarse también como parte de la misma la mencionada Acta de Recibo y los interrogatorios de parte recepcionados a los contendientes (folios 223 y ss., 230 y ss.), lo que daría viabilidad a la acogida de las defensas ya mencionadas; empero, siguiendo las directrices del juez constitucional se impone analizar la relación jurídica que dio origen a los títulos valores materia de recaudo coercitivo.

Se precisa, son dos los contratos ajustados con ocasión de la confección de la fachada del edificio de propiedad de Clínica Jasban Ltda: el primero, de suministro e instalación convenido entre Clínica Jasban Ltda. como contratante y la sociedad Tempro S.A. como contratista. y, el otro, entre Clínica Jasban Ltda. como comprador de 1974 m2 de vidrio y Vitelsa S.A. como vendedor de los mismos, contenido en el “Acta de Recibo de Cheques”. (fl 43 c.1.)

Partiendo del hecho que los títulos valores arrimados al informativo están revestidos de acción cambiaria o ejecutiva y provienen de un acuerdo como se anotó líneas atrás, resulta inescindiblemente relacionado con el de suministro suscrito entre CLÍNICAS JASBAN LTDA. y TEMPRO S.A. al punto, que este último termina involucrando a la aquí convocante –VITELSA S.A.- como tercero con interés, en su condición de beneficiaria de los cheques girados para el pago de obligación contraída, que a la postre resultaron impagados. Por ello, en este caso no se puede pregonar la aplicación del principio de la relatividad de los contratos -res inter alios acta-, que resulta morigerado, en la medida que Vitelsa S.A. claramente precisó no tener ningún tipo de responsabilidad en los inconvenientes que surgieran de la negociación atinente al suministro e instalación, razón por la cual y desde ahora ha de anotarse que en este fallo se llegará, de igual forma, al decaimiento de la acción emprendida, en razón a que la convocante al juicio ejecutivo no acreditó el cumplimiento de las obligaciones que

daban lugar al cobro de esos cheques, como se convino en el Acta de Recibo de los mismos.

En la temática de la relatividad de los contratos, viene al caso esta cita de la H. Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil-: “Para decirlo en breve, en el centro del cargo está el planteamiento de que la ejecución o inejecución de los contratos sólo se discute dentro del marco jurídico contractual y no más que entre los contratantes. Que un tercero carece de acción extracontractual porque se entremetería indebidamente en el contrato, pues el fallo que se pronuncie necesariamente tendrá que tocar aspectos contractuales.”

“Antojase que planteamiento de tal laya parecería encontrar apoyo en el célebre principio de res inter alios acta. Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado. Abogaríase así porque el imperio que hace relativos a los contratos sea paradójicamente absoluto, bajo el apotegma de que los terceros, terceros son.” (...)

Resáltese que, el convocante expuso que se comprometió a entregar la cantidad de 1974 m2 a la sociedad Temprow, aclarando que ello sería en las instalaciones de la Clínica Jasban, empero, noticia distinta da el acta de recibió de cheques, cual es, que la entrega de los vidrios la realizaría a la Clínica Jasban, por ello, su manifestación en tal sentido contraria lo pactado.

Bajo esta óptica claro esta que la actora no entregó la totalidad de los vidrios contratados a favor de la ejecutada, pues ella misma confiesa que “entregó una parte de los vidrios en noviembre de 2008 en la Clínica Jasban de la Ciudad de Cartagena a los contratistas, en diciembre de 2008 entregó la otra parte, pero en las instalaciones de Temprow en Barranquilla debido a que esta manifestó que no se los habían recibido y, el restante en Enero de 2009”, también en la ciudad de Barranquilla, pero su dicho en modo alguno da cuenta de entrega alguna a la aquí citada. (fls. 230 a 233 c.1.).

Con estribo en lo antes discurrido y analizadas las obligaciones contractuales resulta indudable que la demandada excepcionante no estaba en el imperativo de ejecutar en primer lugar ninguna obligación, quien tenía ese deber era la sociedad Vitelsa S.A., pues le correspondía entregar la cantidad de 1974 m2 de vidrios a CLÍNICA JASBAN LTDA. en su sede de la ciudad de Cartagena, pero la parte demandada demostró que su contraparte no cumplió lo acordado.

Ante el incumplimiento por parte de VITELSA S.A., tenedor de los cheques-actor-, carecía del derecho para presentarlos al banco librado o, en caso de resultar impagados, iniciar la acción ejecutiva, como finalmente se hizo, es decir, la exigibilidad de los mismos que estaba suspendida no se cumplió ante su conducta incumplida, de donde deviene que la excepción derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación de los títulos denominada: “INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR VITELSA”, tendrá prosperidad.

Colofón de lo expuesto, se impone revocar la decisión de primer grado, por los argumentos dados en esta instancia, para en su lugar declarar probada la excepción denominada “INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR VITELSA”; y, en consecuencia, negar la ejecución promovida.” (...).

	: ARTÍCULO 19 LEY 1395 DE 2010
	: Sentencia Cas. Civ. 2 de marzo de 2005 Ex. 8946 M.P. Manuel
	: Isidro Ardila Velásquez Corte Suprema de Justicia
FECHA	: 2012-01-01
PROCESO	: EJECUTIVO SINGULAR
PONENTE	: Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
DEMANDANTE	: VIDRIOS TEMPLADOS Y LAMINADOS SANTANDER S.A.
	: VITELSA S.A.
DEMANDADO	: CLÍNICAS JASBAN LTDA.
RADICACIÓN	: 2009-00186-02

1.1.2

Problema jurídico por resolver:

Debe la Sala determinar si al encontrarse prohibido un acto de competencia desleal “desviación de clientela”, contenido en una norma especial, es dado el señalar que por esa misma conducta se trasgrede la prohibición general.

“PROHIBICIÓN GENERAL

“Sobre tal aspecto, y sin mayores elucubraciones, se entiende que al encontrarse probado algún acto de competencia desleal de los consagrados en los artículos 8º a 19º de la ley 256 de 1996, ello descarta, en principio, que deba entenderse que con esa misma conducta se incurrió en una doble violación: la de la prohibición general y la de la norma específica, contentiva esta de comportamiento puntual de conducta calificada de desleal, generadora a su vez de competencia desleal, pues ya se anotó en precedencia -nomencladores 5º y 6º de este acápite- la función que por esencia está llamada a cumplir la cláusula prohibitiva, es concebida en términos generales de manera que permite incluir los supuestos “... no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos”, supuestos que en todo caso tendrán acomodo en alguna de las seis conductas descritas en el anotado inciso 2º del artículo 7º, razón por la cual no se está en ese caso en presencia de un conflicto de aplicación normativa -artículo 5º de la ley 57 de 1887-: o la general o la especial, por el contrario corresponde es al juzgador de turno armonizar el sentido, la finalidad de esos textos legales y, en desarrollo de ese cometido, aplica en el asunto sometido a escrutinio la especial si la conducta reprochable se subsume en alguna de la hipótesis enlistadas en los artículos 8º a 19 ejusdem, en su defecto, si allí no encuentra cabida, pues debe encuadrarse en alguno de los tipos del enunciado general -art. 7º inciso 2º-, pero en manera alguna es de recibo esa doble adecuación reclamada por la vía del recurso de alzada” .(...)

A) Demanda:

ORBITEL S.A. E.S.P., sucedida en el proceso por EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., mediante apoderado judicial convocó en demanda a COLTRADE EXPRESS E.U., pretendiendo se declare que ésta incurrió en la prohibición general contenida en los artículos 7º, 8º y 18º de la ley 256 de 1996, al realizar los siguientes actos de competencia desleal en el mercado de las telecomunicaciones: prohibición general, actos de desviación de clientela, violación de normas; que se le condene a pagar \$935.445.059.42 por lucro cesante y se le ordene cesar la conducta (fl 57 c.1).

b) Hechos:

El petitum se apoya, en los fundamentos de facto que, en síntesis, se citan (fls 32 a 36 c.1):

a) La sociedad ORBITEL S.A. E.S.P, constituida el 16 de febrero del año 1998, desarrolla su objeto social en el mercado de las telecomunicaciones, organizando, administrando y prestando los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional e Internacional y sus actividades complementarias y, en general, de los servicios de telecomunicaciones.

b) Le fue concedida autorización para prestar y operar los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia -TPBCLD- mediante licencia contenida en la Resolución 568 de 1998, emitida por parte del Ministerio de Telecomunicaciones de Colombia -hoy de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.1.6. de la Resolución 087 de 1997, compilada por la Resolución 575 de 2002, que establece para la prestación de los servicios de TPBCLD, un previo otorgamiento por parte del Ministerio de Comunicaciones de licencia o título habilitante para prestar el servicio.

c) Igualmente, son concesionarios legales para prestar el servicio de TPBCLD las empresas COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y ETB S.A. ESP., quienes al igual son los únicos que cuentan con habilitación legal para prestar el servicio de TPBCLD nacional e internacional en Colombia ya sea en tráfico entrante o saliente.

d) Ante los indicios de uso indebido del servicio de TPBC por parte de diferentes personas tanto jurídicas como naturales, que actuando como operadores ilegales, prestan un servicio a través de enrutamiento de llamadas de larga distancia (TPBCLDI) haciéndolas facturar como locales, los operadores legales que cuentan con la respectiva licencia han venido efectuando pruebas en la red, a partir de las cuales es posible determinar las líneas telefónicas usadas para reoriginar tráfico de TPBCLD haciéndolo simular como local.

e) Debido a la contestación al derecho de petición elevado por el señor Isaac Alfonso Devis Granados –apoderado general de la parte demandante- ante el Ministerio de Comunicaciones y radicado el 19 de mayo del año 2005, se pudo establecer que la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U. representada legalmente por la señora Cielo Tovar Sandoval domiciliada en la ciudad de Bogotá, está dentro de las personas que prestan de forma ilícita el servicio de telecomunicaciones.

f) La empresa COLTRADE EXPRESS E.U. no ostenta el debido y correspondiente título habilitante necesario para efectos de la prestación del servicio de TPBCLDI, de allí que se encuentra imposibilitada para prestarlo, además no cuenta con la licencia para brindar los servicios de valor agregado y telemático.

g) Que es posible afirmar que la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U. está infringiendo el régimen de las telecomunicaciones al prestar un servicio sin contar con licencia o autorización alguna, actuando de manera clandestina e ilegal, tal como lo regula el artículo 52 del decreto ley 1900 de 1990 num. 1 a 3, al realizar las conductas descritas en los artículos 2.4.1. y 2.4.3. de la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

h) Con las pruebas realizadas los días 9 de mayo, 23 de junio, 25 de agosto, 12 de noviembre, 13 y 15 de diciembre de 2004, 8, 17 y 28 de marzo, 4 de abril y 12 de mayo de 2005, el Ministerio de Comunicaciones informa que la compañía COLTRADE EXPRESS E.U., entre otros, se encontraría enrutando el tráfico de voz de larga distancia simulándolo como tráfico local, permitiendo la capacidad completa de comunicación a usuarios

que puedan acceder desde terminales de red telefónica abierta, pública y conmutada de operadores en el exterior con usuarios en Colombia,

i) La demandada COLTRADE EXPRESS E.U. al prestar el servicio de telefonía no autorizado desconociendo el régimen de las telecomunicaciones, influye en la desestabilización y desconocimiento del marco normativo de los títulos habilitantes legítimamente ejercidos por otros operadores autorizados para la prestación del servicio de TPBCLDI, conllevando a una competencia desleal, que le permite tener una ventaja competitiva al interior del mercado de las telecomunicaciones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de exponer una síntesis del libelo de demanda y el trámite procesal, el ente administrativo en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales señala que además de la procedencia de la acción impetrada se demostró que la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U. prestó en el mercado el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional -TPBCLDI- sin contar con la debida autorización -título habilitante-, debido a que a través del abonado 6060400 a su cargo reoriginaba tráfico internacional entrante.

En el mismo sentido se encontró probado que la persona jurídica demandada al prestar sus servicios de telecomunicaciones sin previa autorización, incurrió en violación de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 19 del C. de Co. y, lo establecido en los artículos 50 y 52 num. 2, 4, 10 y 11 del Decreto 1900 de 1990 y 2.1.6. y 2.4.1. de la Resolución 575 de 2002, generando una ventaja competitiva en el mercado de las telecomunicaciones frente a ORBITEL S.A. ESP.

Acota que COLTRADE EXPRESS E.U. a pesar que contó con la posibilidad de prestar el servicio de TPBCLDI sin haber obtenido del Estado la previa autorización para la explotación del espectro electromagnético, la cual había sido adquirida por la demandante mediante pago de US\$ 150.000.000., no aportó el 5% de sus ingresos brutos al Fondo de Comunicaciones como es de ley, tal como lo indicó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Apunta la Superintendencia que acorde con las pruebas recaudadas la pasiva realizó la actividad de reoriginamiento ilegal sin contar con la debida garantía de cumplimiento expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia por US\$ 30.000.000, pasando por alto lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2542 de 1997, circunstancia por la cual y en vista del ahorro en costos configuran una ventaja competitiva, que tuvo importante incidencia en la elección del consumidor frente a la mejor alternativa del mercado, lo cual tradujo en el acto de competencia desleal contemplado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

Resalta que no se configuraron los actos desleales de desviación de clientela ni de violación de la prohibición general, pues no fue acreditada la captación irregular de clientes, por cuanto si bien se prestó un servicio de larga distancia internacional el cual no estaba habilitado para brindar, no implicó que los clientes de ORBITEL S.A. EPS., prefirieran la oferta mercantil de la pasiva, ya que no era el único operador del mercado para el momento en que se dice ocurrió la competencia desleal -año 2004 mes de mayo a año 2005 mes de mayo-, por ende no se trasgredió uso o costumbre mercantil, advirtiendo que la conducta general indicada en el artículo 7º de la norma en cita no puede abrirse paso debido a que está se enmarca dentro de otra categoría específica de tipo desleal como fue el acogido que impide su viabilidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Finca su inconformidad la parte demandante en que debieron declararse los otros actos de competencia desleal demandados: violación de la prohibición general, y desviación de clientela, además que el monto de los perjuicios que son fundamento de la condena impuesta a la sociedad demandada, debió ser fijado por una cuantía superior, conforme a las pruebas allegadas al proceso.

En este sentido, expone que la conducta de la sociedad demandada es totalmente ajena a la buena fe, a las sanas prácticas comerciales y a los usos mercantiles del sector de las telecomunicaciones, ya que está plenamente demostrado que prestó un servicio público de manera clandestina -al no contar con título habilitante-, conducta que sin lugar a dudas, no corresponde a una práctica honesta que debe imperar en el mercado, que conlleva de contera, a la incursión en competencia desleal, por ello es evidente que violó la prohibición general contenida en el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

Que todo acto competitivo puede implicar la desviación de clientela de la competencia y en tal medida es inevitable que el competidor sufra disminución en la suya, empero, la desviación es desleal cuando se emplean medios contrarios a las sanas costumbres, o a los usos honestos en materia industrial y comercial, de forma que la pasiva al prestar un servicio de manera clandestina -al no contar con la debida autorización- a menores precios, mediante la obtención de equipos de amplia tecnología dedicados al uso de reoriginamiento, hace que los usuarios a los cuales les prestaba el servicio legal de TPBCLD prefirieran adquirir operadores que ofrecen mayores beneficios, sin importar si son o no autorizados, circunstancia que implica necesariamente un acto de desviación de clientela.

Estima, que la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de liquidar los perjuicios erró al considerar que el abonado a que se hace referencia en el libelo introductor correspondía a una línea telefónica simple, cuando se trató de un abonado de tipo RDSI PRI compuesto por 30 canales de voz, que implica 30 líneas detectadas.

Concluye que con base en los parámetros objetivos y acudiendo a la operación efectuada por la SIC en la sentencia que es objeto de estudio, es claro que la condena por perjuicios debió ser de \$240.195.552, atendiendo tanto a la cantidad de líneas correspondientes al abonado a cargo de la pasiva como en la cantidad total de minutos consumidos en las mismas junto con la indexación correspondiente.

(...)

c) Consideraciones:

2. El artículo 333 de la Carta Política preceptúa “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones...”.

Esta disposición garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada, junto con la facultad de los asociados de desarrollarse económicamente a través de la empresa, propenden al progreso individual y social, pero dentro de los límites que señalen las normas que para el caso expida el legislador; fue por ello que el constituyente señaló que “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone

responsabilidades”, y esas responsabilidades se refieren al cumplimiento de determinadas reglas que sobre el ejercicio de la actividad económica ha expedido el legislador, es por ello que el particular al ejercer el comercio tiene que adecuar su conducta al marco normativo que lo orienta, lo controla y lo verifica, con el fin de que no cause daño a los demás particulares, deterioro al medio ambiente, o lo reduzca a las más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos; así que la libertad económica y empresarial no es absoluta sino restringida en cierto grado, porque quien la ejerza debe someterse a determinados límites, debe desarrollarse dentro de ciertos parámetros o talanqueras que el legislador ha impuesto, facultado por la misma Constitución Política, al indicar en ese postulado “que supone responsabilidades”; la misma Carta previó que en esta actividad aunque exista plena libertad, debía regular determinadas conductas o comportamientos no acordes con el progreso particular y social.

MARCO TEÓRICO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

3. La competencia desleal como su nombre lo señala y como emerge de los hechos y actos enumerados en los artículos 7º a 19 de la Ley 256 de enero 15 de 1996, no se presenta por la sola circunstancia de que un comerciante explote una línea de bienes o servicios igual o parecida al ramo en que otro ha acreditado un producto determinado o ganado una clientela. La libertad de industria y comercio, hace lícito que un comerciante pueda rivalizar con un producto igual o similar al que ya se produce en el comercio y que honestamente pueda ganar la clientela de otro, utilizando medios aceptados por la costumbre comercial y la ética mercantil, como mejorando la calidad del producto o abaratando los precios. No es, pues, acto vedado el buscar por medios honestos el atraer a la clientela.

La simple competencia, la emulación de los comerciantes en las distintas áreas del mercado, sólo se torna desleal, cuando el competidor arrebató la clientela que ha ganado otro comerciante apelando a procedimientos legalmente vedados o reprochables, mediante maniobras o engaños, como son, entre otros, el introducir confusión con el competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios, desacreditar a la persona, los establecimientos o los productos, desorganizar internamente la empresa, obtener sus secretos, desviar la clientela por medios innobles, desorganizar en forma general el mercado, privar al competidor de sus técnicos o empleados de confianza aunque no se produzca la desorganización ni se obtenga sus secretos.

Acerca de la competencia desleal la H. Corte Suprema de Justicia-Sala Plena- se pronunció, al declarar exequibles los derogados artículos 75, 76 y parte del 77 del Código de Comercio, perfectamente aplicable para el caso en estudio, en los siguientes términos:

“...El desarrollo de las actividades comerciales en una economía de mercado supone necesariamente la competencia entre empresarios con el propósito de obtener la preferencia de la clientela, en relación con los productos que fabrican o comercializan, o respecto de los servicios que prestan”.

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

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

“Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (artículo 32 C.N. de 1886) y, por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario, garantizado en las disposiciones constitucionales”.

“Pero ese derecho no es absoluto, como tampoco lo es la misma libertad de empresa. Ambos están sujetos a limitaciones impuestas por el orden jurídico a partir de la misma Constitución en guarda de los intereses comunes y con fundamento en el principio que ya desde 1886 enunciaba el actual artículo 30 de la Carta Política (derogada): la prevalencia del bien público o social sobre el interés individual o particular”.

“Las profundas transformaciones que ha sufrido la sociedad y la complejidad creciente de las relaciones económicas han hecho indispensable que a ese principio se haya agregado el de la dirección general de la economía por parte del Estado (art. 32 C.N. derogado), cuyo ejercicio también implica con frecuencia el establecimiento de restricciones a la libertad individual”.

“La competencia comercial está sometida a las instituciones enunciadas y, desde luego, a las normas legales o reglamentarias de orden público que se dicten en desarrollo de las mismas, así como también a la vigilancia que ejerzan los agentes estatales para asegurar el acatamiento de tales disposiciones”.

“El Código de Comercio, como conjunto normativo puesto en vigencia para regular, según lo expresa su artículo 1º, la actividad de los comerciantes y los asuntos mercantiles, permite la competencia entre empresarios pero la sujeta a limitantes derivadas de los principios constitucionales enunciados. Consagra como una de las obligaciones de los comerciantes la de no ejecutar actos de competencia desleal, señala cuáles son esos actos y contempla las consecuencias que en ella se imputan”.

“La competencia permitida según esas disposiciones, es aquella que se adelanta libre de procedimientos tortuosos o ilegítimos. Por tanto, la conciben ajena a mecanismos consistentes en descrédito para el competidor, en cualquiera de sus formas, o en desorganización del mercado en su conjunto. Tales normas parten del principio, universalmente aceptado, según el cual la clientela se alcanza mediante la afirmación de las propias calidades y el continuo esfuerzo de superación y no a través de la artificial caída del rival” (Sentencia de exequibilidad de 10 de julio de 1986).

El artículo 7º de la Ley 256 de 1996 establece una cláusula general prohibitiva que no solo señala los elementos individualizadores del acto de competencia desleal, también describe dentro de unos enunciados generales las conductas consideradas por ese estatuto como desleales, es decir, frente a estas últimas fija un marco o parámetro omnicomprendivo de esa variedad de posibles comportamientos reprochables a la luz de la ley citada.

*En efecto, el precitada art. 7º preceptúa que en concordancia con lo establecido en el numeral 2º del art. 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye **competencia desleal**, “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines*

concurrentiales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Y, en este punto viene al caso citar doctrina para un mejor entendimiento del papel que cumple la cláusula general prohibitiva dentro de un ordenamiento jurídico específico, como pasa a verse:

“La experiencia pone de manifiesto que ese planteamiento es el más eficaz. Por una parte tipifica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica; y por otra, gracias a las cláusula general se establece la prohibición en unos términos que permiten incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos.

“La necesidad de esa cláusula general prohibitiva es indudable. Solamente gracias a ella puede evitarse que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales”.

(...) “A la enumeración de supuestos concretos de competencia desleal subyace un modelo de competencia que conviene explicitar, por cuanto no sólo sirve para entender mejor la regulación legal, sino además para interpretar y aplicar la cláusula general delimitadora de la competencia desleal prohibida” (BERCOVITZ Alberto. Competencia desleal, Código de Comercio, evaluación y perspectivas, cámara de Comercio de Bogotá, 1992).

6. Complementando lo anterior, los artículos 8º a 19 íbidem se ocupan de describir unas conductas en especial, pero de manera enunciativa, no taxativa constitutivas de deslealtad comercial, pues precisamente dentro de los mentados enunciados generales, líneas atrás referidos, tendrán adecuación o cabida todas aquellas casos que surjan del cambiante tráfico comercial.

En esa específica gama de comportamientos, también se consideran actos desleales la desviación de la clientela, desorganización interna de la empresa, la conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, inducir al público a error sobre la actividad, utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, la comparación pública de la actividad, cuando se utilicen indicaciones incorrectas o falsas u omita las verdaderas; aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirido por otro en el mercado; divulgación o explotación sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos; inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores; ventajas competitivas mediante infracción de normas jurídicas; y, pactar en los contratos de suministros cláusulas de exclusividad que tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado.

7. Según el profesor HENRI CAPITANT los elementos estructurales para que se de la figura de la competencia desleal son: “a) que se trate de un acto de competencia, teniendo en cuenta que ésta solamente puede darse entre dos o más comerciantes dedicados a la misma actividad y que se disputan la misma

clientela; b) que el acto de competencia realizado sea indebido, es decir, contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, o sea contrario a las costumbres mercantiles; c) que el acto de competencia indebido sea idóneo para producir un perjuicio". La jurisprudencia y doctrina nuestra han señalado como elementos que estructuran el acto de competencia desleal los siguientes: a) La calidad de comerciantes de las partes, b) su condición de competidores, c) los hechos o las conductas que se alegan como competencia desleal y su aptitud para producir un perjuicio y d) el vínculo de causalidad entre esos hechos o conductas y el demandado.

En síntesis: "La competencia desleal requiere un marco teórico sin el cual ni podría concebirse: la libertad de industria y comercio, principio rector de toda economía y garantizado por la Constitución Política en su artículo 333."

"Sin embargo, esa libertad no es absoluta, pues se le impone a los comerciantes la obligación de desplegar su actividad con lealtad y corrección, todo con el fin de salvaguardar la industria y el comercio. De este modo poco a poco empiezan a surgir limitaciones a la libre competencia, siendo una de ellas la competencia desleal, objeto de este estudio."

"La competencia desleal se enmarca entonces dentro del ejercicio de una actividad que en principio está permitida, sólo que quien la ejercita la lleva a cabo por medios abusivos, y por lo tanto lo que se castiga no es el fin en sí mismo perseguido, sino los medios alcanzados para utilizar ese fin."

"La ley 256 de 1996 acogió un criterio mixto: Estableció una cláusula general en donde señaló los elementos del acto de competencia desleal y tipificó de manera general las conductas consideradas por la ley como desleales."

"El artículo 7º de la L.C.D., se itera, la definió de la siguiente manera: Artículo 7º. Previsión general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial."

"En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, "todo acto o hecho que se realiza en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado." (LÓPEZ ADRIANA. La acción de competencia desleal como mecanismo de protección de la propiedad industrial, en especial del régimen de medidas cautelares. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997. p. 37 a 39).

ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA COMPETENCIA DESLEAL SEÑALADA EN LA DEMANDA

Calidad de comerciante de las partes

8. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (artículo 10 del Código de Comercio), y se consideran mercantiles todos los actos señalados en el artículo 20 ibídem, amén de que algunos hechos hacen presumir la calidad de comerciante,

tales como hallarse inscrito en el registro mercantil, tener establecimiento de comercio abierto y anunciarse al público como tal (artículo 13).

Tanto demandante como demandada acreditaron la calidad de comerciantes, por cuanto se allegaron certificados de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Medellín como de esta capital, respectivamente, con lo que se establece que esos entes se encuentran inscritos como personas jurídicas legalmente constituidas (fls 2 a 7 c.1), a estos documentos se les debe dar plena credibilidad por cumplir las exigencias del artículo 252 del C. de P. Civil.

Condición de competidores o competitividad

9. La competencia es un asunto de hecho, que varía constantemente, dependiendo de factores diversos que inclusive pudieran ser ajenos a la voluntad humana. Esta ocurre cuando dos comerciantes se disputan un espacio común de negocio o cuando están dedicados a ramos semejantes aunque las actividades sean distintas; el caso más corriente se presenta entre productores o comercializadores de productos afines, pero podría darse también entre el fabricante y el comercializador de un mismo producto o de uno similar, o entre el inversionista y el vendedor.

El objeto social de la actora es “LA ORGANIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA DE LARGA DISTANCIA NACIONAL E INTERNACIONAL Y SUS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y, EN GENERAL, DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.” (fl 2 c.1); mientras que el de la demandada entre otros es de “ MONTAR, INTEGRAR Y OPERAR CONTACT CENTER DE ENTRADA Y SALIDA, OPERAR SERVICIOS DE BACK OFFICE, PRESTAR SERVICIOS DE TELEVENTAS, SUMINISTRAR RECURSOS HUMANO CAPACITADO PARA LA ATENCION DE LOS CENTROS DE CONTACTO, DISEÑAR PROCESOS DE ACUERDO CON LAS MEJORES PRACTICAS DE LA INDUSTRIA DE CONTACT CENTER, ASESORAR LA IMPLEMENTACION DE PROGRAMAS DE ATENCION TELEFONICA CON PROFESIONALES Y OTROS PERFILES DIFERENTES AL ASESOR CON PERFIL BASICO.” (fl 6 c.1); emergiendo que la actividad mercantil de la primera se desenvuelve en el ámbito de las telecomunicaciones, mientras que la segunda si bien no es netamente en el campo de las telecomunicaciones puede incidir indirectamente en el, lo cual hace que los extremos de la acción se califiquen como ‘competidores’, puesto que, como se verá más adelante, la demandada prestó el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional -TPBCLDI- sin contar con la debida autorización -título habilitante-, el cual si ostentaba la actora; circunstancia que permite colegir que entre ambos se presentó pugna por la distribución o que convergió en disputas por clientes precios u otros componentes que acompasan las relaciones mercantiles –en el periodo en que la pasiva prestó los servicios de TPBCLDI, claro está, sin autorización legal para ello-.

Actos o conductas alegados como de competencia desleal

10. Por leal se entiende lo que es verídico, fidedigno, fiel en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo; en la dinámica de las actividades económicas significa ser honorable y honrado frente a los competidores y los consumidores; lealtad es un concepto ético que implica el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad, del honor y de la honrabilidad de bien; mientras que desleal es lo contrario de todos esos principios; la deslealtad económica se presenta cuando el acto sea contrario a las normas de corrección que deben regir en el tráfico económico.

Ahora, no es necesario que el acto desleal venga precedido de mala fe o de la intención tortuosa de buscar el perjuicio del competidor al generar la confusión del mercado, la desviación de la clientela, su desorganización interna o cualquiera de los otros postulados que enuncia el Capítulo II de la Ley 256 de 1996, basta simplemente con que se adopte una actitud negligente o culposa, es decir, una conducta aún desprovista de mala intención pero con capacidad para crear los mismos efectos perjudiciales. Así lo expuso la H. Corte Suprema de Justicia-Sala Plena- al estudiar el derogado art. 75 del C. de Comercio, perfectamente aplicable al caso presente: “A diferencia de lo que parece insinuar en términos generales el artículo 75 del C. de Cio. en el sentido de consagrar allí la exigencia de un comportamiento doloso del competidor demandado para que se configure la institución de la competencia desleal, el numeral 9º de dicho precepto se encarga de despejar esa duda al tipificar así mismo como tal cualquier conducta culposa de aquel que, siendo contrario a la costumbre mercantil, afecte los intereses de sus rivales. No es entonces indispensable la existencia del dolo en el demandado para que se estructure esta figura, porque la conducta culposa también puede dar lugar a ella, cualquiera sea el grado de la misma” (Sentencia 26 de julio de 1996).

Aprecia la Sala, de entrada, que la actora en el libelo de demanda le achaca a la demandada los siguientes comportamientos desleales: prohibición general, actos de desviación de clientela, violación de normas, empero, se advierte que no hay discusión alguna en cuanto a que COLTRADE EXPRESS E.U. realizó el acto desleal de violación de norma (Art. 18 ley 256 de 1996) cuando concurrió al mercado de las telecomunicaciones prestando el servicio denominado Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia -TPBCLD- sin contar con la debida autorización -título habilitante- a través de enrutamiento de llamadas de larga distancia (TPBCLDI), tal y como fue decretado en la providencia emitida por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, que ahora, es objeto de censura, de ahí y conforme a los fundamentos del recurso de alzada, el estudio deberá encaminarse a establecer si con tal conducta de competencia desleal adoptada por la empresa COLTRADE EXPRESS E.U. transgredió los otros dos preceptos alegados por la actora: la prohibición general de actos de competencia desleal y la conformación del acto de desviación de clientela sobre la base, como fue previamente advertido, de prestar un servicio -en el campo de las telecomunicaciones- sin cumplir con los requisitos legales para ello, que se analizarán a continuación, así como constatar si hay lugar a incrementar el monto de los perjuicios que se causaron con tal proceder decretados por la SIC.

Prohibición general

Sobre tal aspecto, y sin mayores elucubraciones, se entiende que al encontrarse probado algún acto de competencia desleal de los consagrados en los artículos 8º a 19º de la ley 256 de 1996, ello descarta, en principio, que deba entenderse que con esa misma conducta se incurrió en una doble violación: la de la prohibición general y la de la norma específica, contentiva esta de comportamiento puntual de conducta calificada de desleal, generadora a su vez de competencia desleal, pues ya se anotó en precedencia -nomencladores 5º y 6º de este acápite- la función que por esencia está llamada a cumplir la cláusula prohibitiva, es concebida en términos generales de manera que permite incluir los supuestos “... no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos”, supuestos que en todo caso tendrán acomodo en alguna de las seis conductas descritas en el anotado inciso 2º del artículo 7º, razón por la cual no se está en ese caso en presencia de un conflicto de aplicación normativa -artículo 5º de la ley 57 de 1887-: o la general o la especial, por el contrario corresponde es al juzgador de turno armonizar el sentido, la finalidad de esos textos legales y, en desarrollo de ese

cometido, aplica en el asunto sometido a escrutinio la especial si la conducta reprochable se subsume en alguna de la hipótesis enlistadas en los artículos 8º a 19 ejusdem, en su defecto, si allí no encuentra cabida, pues debe encuadrarse en alguno de los tipos del enunciado general -art. 7º inciso 2º-, pero en manera alguna es de recibo esa doble adecuación reclamada por la vía del recurso de alzada.

De manera tal, que al ser acogida por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la conducta de competencia desleal contenida en el artículo 18 íbidem, referente a la violación de normas, al encontrarse plenamente comprobado que la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U. paso por alto lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 19 del C. de Co. y, lo establecido en los artículos 50 y 52 num. 2, 4, 10 y 11 del Decreto 1900 de 1990 y 2.1.6. y 2.4.1. de la Resolución 575 de 2002, debido a que brindó al público en general servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia -TPBCLDI- sin tener autorización previa para ello, se produjo la adecuación de esa conducta en el tipo legal previsto en la ley especial.

Desviación de la clientela

“Art. 8. Actos de desviación de clientela. ...se califica como desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles, o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

En lo concerniente al acto de competencia desleal que se ha reclamado declarar con estribo en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, advierte la Sala, para evitar incurrir en equívocos, que se trata de un mismo actuar que apareja consecuencias jurídicas diversas, esto es, se puede encuadrar en dos tipos legales configuradores de competencia desleal, es por ello, que en el acápite anterior se hizo mención a las palabras “en principio”

En sí misma la desviación de clientela no es ilícita, lo que se castiga es el medio para realizarla, es decir, que se trate de métodos engañosos, fraudulentos, insidiosos, que contraríen los usos honestos y las sanas costumbres en materia industrial y comercial, como en este caso. El concepto de método engañoso que contraría los usos honestos se enmarca en el sub-examine en el hecho de que la entidad demandada teniendo la posibilidad de acceder al uso de una actividad lícita: prestación de un servicio de telefonía -TPBCLDI-, haya optado por prestarlo de manera fraudulenta, ilícita y clandestina, derivando de ello un provecho traducido en la desviación de clientela de otros competidores.

Por razón de lo anterior, analizado, en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el acervo probatorio adosado, como lo exige el art. 187 del C. de P. Civil, sin perífrasis, se arriba a la conclusión que efectivamente la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U., intervino en el mercado de las telecomunicaciones prestando el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia -TPBCLD- sin contar con la debida autorización -título habilitante-, a través de enrutamiento de llamadas de larga distancia (TPBCLDI), actuar que sin lugar a dudas permite inferir que la pasiva pretendía con tal proceder desviar la clientela de la sociedad ORBITEL S.A. ESP., y de los demás operadores legalmente habilitados para prestar el servicio; acto que en sí no es ilícito, pues lo verdaderamente castigado es la forma en la que lo realiza, que para el caso es la violación de la normatividad, pues es claro que ingresó al mercado de las telecomunicaciones prestando un servicio del cual requería autorización, no la obtuvo, lo que implica, que la competencia en el mercado se amplió y por tanto los usuarios del servicio tenían otras alternativas para contratar,

accionar que se traduce en una desviación de un grupo indeterminado, en este caso, de usuarios, para su beneficio.

En desarrollo de esa conducta empleó medios contrarios a los usos honestos del comercio, en razón a que la pasiva prestó un servicio de manera clandestina -al no contar con la debida autorización-, mediante la obtención de equipos de amplia tecnología dedicados al uso de reoriginamiento, sin sufragar los costos legales que corresponden a tal operación mercantil, que generó una ventaja competitiva en el mercado e implicó prestar un servicio a menor precio, atrayendo para sí clientela de las empresas que legalmente actúan en el mercado, independientemente que no fuese la única entidad que brindaba el servicio de TPBCLD, pero con tal maniobra se vio beneficiada.

Bajo tal marco, es incuestionable que la parte demandada incurrió en la transgresión de la previsión legal del artículo 8º de la Ley 256 de 1996, motivo por el cual, habrá de ser revocado el numeral 2º de la parte resolutive del fallo en estudio, para en su lugar, declarar configurada esa conducta.

Indemnización de perjuicios

En lo tocante con la indemnización de perjuicios, de entrada se dilucida la improcedencia de las alegaciones que apoyan la alzada, ya que las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación no permiten tener la plena certeza sobre la cantidad de líneas activas que operaba la pasiva desde el abonado con el cual reoriginaba el tráfico de llamadas internacionales entrantes -de manera clandestina-, haciéndose pasar como local, ni mucho menos que dicho abonado -con tecnología RDSI PRI- operaba a su máximo desempeño, como tampoco se estableció sin lugar a equívocos la cantidad real de llamadas que realizó de manera ilegal durante el periodo en que le fue habilitado el abonado a su cargo, que permitiera su tasación por una suma superior a la señala por la SIC, como se verá a continuación.

El principio de la **necesidad de la prueba** le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del C. de P. Civil), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte; mientras que el principio de la **carga de la prueba** (artículo 177 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica la demanda, las excepciones, el incidente o el trámite especial, según el caso, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

El perjuicio es la primera condición de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por razón que la ley, la doctrina y la jurisprudencia en forma constante enseñan que no puede existir responsabilidad sin daño; esta última ha pregonado insistente y uniformemente que, para que el daño sea objeto de reparación tiene que ser **cierto y directo**, ya que solo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y, como consecuencia, inmediata del delito o culpa; conforme a los presupuestos que regulan la carga de la prueba, quien demanda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar, de todas maneras, el daño

cuya reparación se persigue y su cuantía, por cuanto la condena no puede, por ese aspecto, extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima.

Sobre este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho: “(...) Establecida la existencia del daño, sin la cual no puede hacerse la declaración de responsabilidad, queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias cualesquiera que sean, derivadas de su acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquellas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo. Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio deber ser reparado en toda extensión en que sea cierto. No solo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual...” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 29 de mayo de 1954, LXXVII, 712).

Para esta Sala, no cabe duda que efectivamente la sociedad COLTRADE EXPRESS E.U., intervino en el mercado de las telecomunicaciones prestando el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia -TPBCLD-, sin haber obtenido del Estado la previa autorización para la explotación del espectro electromagnético, la cual había sido adquirida por la demandante ORBITEL S.A. E.S.P. -sucedida en el proceso por EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.-, mediante el pago de US\$ 150.000.000., como tampoco aportó el 5% de sus ingresos brutos al Fondo de Comunicaciones como es de ley, lo cual derivó en desvío de clientes de los operadores legamente autorizados dentro de los cuales, claro está, hace parte la demandante, generándole perjuicios, todo ello a través del abonado número 6060400 con tecnología RDSI PRI -según certificación dirección y operación de mantenimiento EPM Bogotá S.A. ESP. (fl202)

En efecto, a voces del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil “...La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante...”, motivo por el cual el superior “...no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones...”.

Respecto de la prohibición en comento, conocida como la *reformatio in pejus* ha sostenido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia que:

“...el sentenciador de segunda instancia tiene el mismo conocimiento y los mismos poderes para enfrentar el estudio de los hechos y del derecho, para valorar las pruebas, de igual o de distinto modo que el de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden coincidir en parte o en todo con las del juez a quo y, en fin, revocar la providencia, pues su posición frente a los litigantes es la misma al momento de resolver el recurso que la que tuvo el inferior al tiempo de decidir, entendido todo esto, en la medida que lo pretenda el apelante y con la limitación de la *reformatio in pejus*” (cas. civ. sentencia 23 de septiembre de 1963, CIII-CIV, p. 160). “Empero, no sólo el principio antes aludido constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador *ad quem*, puesto que no siendo absoluto o irrestricto, también se encuentra restringido por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea, sobre la sujeta materia de apelación”.

“...En otros términos, por regla general, la competencia funcional del superior al conocer un recurso de apelación interpuesto por una sola de las partes, está circunscrita a los motivos concretos de disenso, entendiéndose aceptados aquéllos respecto de los que no se propuso disenso alguno, los cuales, adquieren firmeza; asimismo, se encuentra limitada por los aspectos desfavorables al recurrente, no pudiendo enmendar la providencia recurrida en lo que le favorece, pero tampoco, en garantía de los derechos de la parte no recurrente, la individualidad y especificidad de la apelación, en los aspectos que no hayan sido objeto del mismo, pues estos extremos (reforma peyorativa y motivos del recurso), limitan “ex naturalier al tenor de la apelación interpuesta la competencia y facultades del superior tantum devolutum quantum appellatum (tanto se apela, tanto se devuelve; lo que no ha sido impugnado, no puede ser fallado de nuevo) y por ello no puede fallar más allá de lo pedido por las partes (non est iudex ultra petitum partium) encontrando una restricción en el agravio causado con la sentencia impugnada al apelante o a la parte en cuya protección se surtió la consulta, salvo las excepciones legales (cas. civ. sentencia 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 05001-3103-012-2002-00373-01)1 (Resaltado fuera de texto original).

Los elementos de convicción reunidos conducen a afirmar que la sentencia de primera instancia, en lo tocante a la indemnización tasada, debe ser confirmada.” (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 2°, 5°, 6°, 7°, 8° 18 y 19 de La ley 256 de 1996
	: ARTÍCULOS 174 al 177, 187, 233, 234, 252 y 357 del C.P.C.
	: ARTÍCULO 32 C.P. 1886, 333 C.P.
	: ARTÍCULO 2.1.6 Resolución 087 de 1997
	: RESOLUCIÓN 575 202 de La Comisión de Regulación de Tel.
	: ARTÍCULO 52 DECRETO LEY 1900 num, 1 al 3 1990
	: ARTÍCULO 19 num. 6 Decreto 2542 de 1997
	: ARTÍCULO 10 LEY 178 DE 1994
	: Cas. Civ. De 25 de enero de 2008 G.J.Tomo XLVI, núm.
	: 1395 pág.421, 422
	: Sentencia 9 de mayo 1983, S.C. 002-2008- Exp. 05001-3103-012-
	: 2002
	: Sentencia 17 de agosto de 1994, G.J. Tomo 57 pág. 533
FECHA	: 2012-01-30
PROCESO	: COMPETENCIA DESLEAL
PONENTE	: Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
DEMANDANTE	: EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP
DEMANDADO	: COLTRADE EXPRESS E.U.
RADICACIÓN	: 2006-25583-01

1.2.1
Sala de Familia

El problema jurídico se centra en establecer si procede o no el secuestro de acciones en el proceso de divorcio, cuando el derecho patrimonial en ellas representado, eventualmente pudiera ser objeto de gananciales.

“LAS MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE NULIDAD Y DIVORCIO DEL MATRIMONIO, SEPARACIÓN DE BIENES Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL SE REGULA DE MANERA ESPECIAL EN EL ARTÍCULO 691 DEL C. DE P. C., REGLA GENERAL A CUYO TENOR LITERAL: “CUALQUIERA DE LAS PARTES PODRÁ PEDIR EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LOS BIENES

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de julio de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-013-2000-00414-01.

QUE PUEDAN SER OBJETO DE GANANCIALES Y QUE ESTUVIEREN EN CABEZA DE LA OTRA; SI SE TRATA DE BIENES SUJETOS A REGISTRO, EL SECUESTRO SE PRACTICARÁ UNA VEZ INSCRITO EL EMBARGO Y ALLEGADO EL CERTIFICADO DE PROPIEDAD, QUE COMPRENDA UN PERÍODO DE VEINTE AÑOS, SI FUERE POSIBLE. (...)

LA NORMA EMPERO NO EXCLUYE EL NOMBRAMIENTO DE SECUESTRE, QUIEN PARA LA EJECUCIÓN DEL SECUESTRO TENDRÁ LAS FACULTADES PREVISTAS EN LA MISMA NORMA GENERAL, NUMERAL 6° DEL ARTICULO 681 DEL C. DE P. C. IN FINE, QUE LE AUTORIZA PARA “ADELANTAR EL COBRO JUDICIAL, EXIGIR RENDICIÓN DE CUENTAS, Y PROMOVER CUALESQUIER OTRA MEDIDA AUTORIZADA POR LA LEY CON DICHO FIN, TENDRÁ ACCESO A LOS LIBROS Y COMPROBANTES DE LA SOCIEDAD Y PODRÁ SOLICITAR EXHIBICIÓN DE ELLOS”. (...)

a) La Demanda

Cursa en el Juzgado Diecisiete de Familia de esta ciudad, proceso de divorcio iniciado por la señora **BEATRIZ EUGENIA DEL CARMEN GUTIÉRREZ PLATA** frente al ciudadano **JULIO ERNESTO LAVERDE POLANCO**, en el que a solicitud de la parte actora, mediante auto del 15 de julio de 2011, fue decretado el embargo de las acciones o cuota parte de ellas cuya titularidad se encuentre a nombre del demandado, medida perfeccionada según informe del Gerente y demandado de la sociedad en cuestión. (Folio 11 del cuaderno de copias).

Seguidamente y también por solicitud del apoderado demandante se decretó el secuestro de las acciones antes indicadas por auto del 25 de mayo de 2012 (folio 15 cuad. copias).

Contra esta determinación la parte demandada interpuso recurso de reposición argumentando que el embargo sobre las acciones se perfeccionó a través de la comunicación dirigida por el Juzgado a la sociedad, toda vez que, como se trata títulos nominativos, el traspaso se perfecciona con la inscripción en el libro de accionistas.

En auto del primero (1º) de agosto de dos mil doce (2012), el Juzgado resolvió reponer la decisión, tomando en consideración que el artículo 682 del C. de P.C. no consagra el secuestro de acciones; determinación recurrida en apelación por el solicitante bajo el supuesto que esa medida cautelar conlleva la tenencia de los bienes y administración por el secuestre, mediante el ejercicio de derechos políticos como la participación en asambleas de -socios y el derecho al voto. La regla de embargo de bienes sujetos a registro según el artículo 691 del C. de P. C., impone inicialmente la inscripción del embargo, posteriormente se impondría la orden de secuestro, norma que no distingue en su hipótesis a las acciones. Apoya sus argumentos en criterio doctrinal sobre los alcances del artículo 681 del C. de P. C., cuyos argumentos trae a discusión, el Tribunal en Sala de Familia, agrega, mediante providencia de fecha 16 de enero de 2012, consideró perfectamente viable el secuestro de acciones.

En su oportunidad la parte no recurrente pide confirmar el auto apelado por considerar improcedente la medida cautelar de secuestro, pues, a través de ella se obligaría a transferir al secuestre facultades que ninguna disposición legal le otorga, en particular, los derechos políticos, en perjuicio de terceros ajenos al litigio, que para el caso sería la persona jurídica, respecto de la medida decretada. Las facultades del secuestre están previstas en el Artículo 681 del C. de P. C., y en ellas no se comprende las de asistir a reuniones y votar en la asamblea de

socios. Subsidiariamente solicita limitar las facultades del secuestro a las autorizadas en la ley.

b) Consideraciones

Al resolver la controversia así planteada, son relevantes las siguientes reflexiones:

Las medidas cautelares en procesos de nulidad y divorcio del matrimonio, separación de bienes y liquidación de sociedad conyugal se regula de manera especial en el artículo 691 del C. de P. C., regla general a cuyo tenor literal: *“Cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad, que comprenda un período de veinte años, si fuere posible”*.

Al amparo de esta disposición, tal como observa el solicitante de la medida cautelar revocada, la norma no hace distinción relativa a la naturaleza de los bienes, los únicos condicionamientos presupuestados si así pudieran entenderse, refieren a la potencial vocación de los bienes para ser objeto de gananciales, a que la titularidad del derecho aparezca en cabeza de la otra parte y, a que inscrito el embargo pueda verificarse la titularidad del derecho en la forma ya indicada.

De manera que, en principio, no habría prohibición para decretar el secuestro de acciones, por ende, el ejercicio de inclusión indica que la medida de secuestro solicitada encontraría sustento jurídico en el artículo 691 del C. de P. C., respondiendo así al principio de taxatividad de las medidas cautelares que hoy impera en el ordenamiento jurídico, pero que esta conclusión no puede aplicarse sin contar con un procedimiento específico no establecido en la norma en cuestión y sin la salvaguarda requerida por los derechos de los cónyuges.

En apoyo a esta conclusión es posible agregar que las cautelas reglamentadas en el Artículo 691 del C. de P. C, para esta clase de procesos, se avienen dos fines específicos aceptados sin reserva en la Jurisprudencia² y Doctrina, tendientes a: i) preservar el patrimonio social y ii) procurar adecuada administración de bienes que pudieran ser objeto de gananciales³. Finalmente, no es razón de poca transcendencia el contenido económico que las acciones representan como cuota parte del patrimonio social que, como se consideró en la providencia del Tribunal, citada a manera de precedente, se trata de derechos susceptibles de cesión o en general de disposición y de eventual perjuicio para la sociedad conyugal.

Lo siguiente es determinar de qué manera o bajo cuál procedimiento podría materializarse el secuestro de acciones, si no fue especialmente reglamentado en

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de fecha 22 de junio de 2011, Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, Ref. : Exp. No. T-50001-22-14-000-2011-00088-01 “Además, ha de tenerse en cuenta que a pesar del término señalado en la norma en cita para iniciar el trámite liquidatorio, lo cierto es que las cautelas son necesarias para evitar eventuales evasiones de los activos de la sociedad que se pretende liquidar, máxime cuando aquellas son provisionales y no implica que los dineros representados en esos títulos judiciales vayan a ser necesariamente adjudicados a la ex cónyuge demandante”

³ LAFONT Pianetta , Pedro, “Proceso Sucesoral, Tomo I, Cuarta Edición”, página 429: “En términos generales puede afirmarse que la medida de embargo y secuestro en el proceso de sucesión tiene por finalidad genérica, como todo embargo y secuestro la de garantizar los eventuales derechos o intereses de quienes controvierten o pueden controvertir los objetos secuestrados y como finalidad específica, dada la causa que los origina, la de regularizar la administración de toda o parte d la masa herencial, y si fuere el caso la de la sociedad conyugal”.

el Artículo 691 del C. de P. C.; considerando por otra parte, la naturaleza especial de aquellos bienes, como títulos valor nominales y corporativos, sin comprometer o afectar derechos de terceros, ajenos a la controversia jurídica.

La misma normatividad prevé a título de regla general la forma como se perfecciona el embargo, sin perjuicio de situaciones especialmente reguladas⁴, y al efecto determina en el numeral 6° del artículo 681 del C. de P. C. que, el embargo “*de acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores a la orden, se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa emisora o al representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, de lo cual deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres días siguientes, so pena de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio y a partir de ésta no podrá aceptarse ni autorizarse transferencia ni gravamen alguno.*”

El de acciones, títulos, bonos efectos públicos, títulos valores y efectos negociables, a la orden y al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestre (...)”

Los embargos previstos en este numeral se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, que se consignarán oportunamente por la persona a quien se comunicó el embargo, a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales, so pena de hacerse responsable de dichos valores y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

El secuestre podrá adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas y promover cualesquiera otras medidas autorizadas por la ley con dicho fin, tendrá acceso a los libros o comprobantes de la sociedad y podrá solicitar exhibición de ellos.” (subrayas fuera del texto)

Como puede verse, sobre algunas acciones, concretamente las que constan en títulos al portador recae la medida de secuestro y sobre las nominativas la medida cautelar se perfecciona con el embargo debidamente comunicado al responsable de cumplirla, todo en armonía con lo previsto en el art.- 377 del Código de Comercio, que clasifica las acciones en “*nominativas y al portador,...*”, aun cuando hoy en día no se autorizan las acciones al portador⁵.

En igual sentido, el artículo 415 del C. de Co., establece: “*El embargo de las acciones nominativas se consumará por inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del funcionario competente. El de las acciones al*

⁴ Secuestro de vehículos automotores de servicio público.

⁵ En la práctica, por cuenta de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que entró en vigencia a través del Decreto 1900 del 15 de septiembre de 1973, ratificada en el Acuerdo 291 de 1991, que puso vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, contenido en las Decisiones 24, 37 y 37-A de la comisión del Acuerdo de Cartagena, en Colombia sólo existen las acciones nominativas. Indica el art. 45: “*El capital de las sociedades por acciones deberá estar representado en acciones nominativas. Las acciones al portador actualmente existente deberán transformarse en acciones nominativas dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigor de este régimen.*”

portador, mediante secuestro de los títulos respectivos”, norma que armoniza claramente con el numeral 6º del art. 681 del C. de P.C.

Con estas necesarias aclaraciones ya podemos concluir que en principio no es necesaria la medida de secuestro para perfeccionar el embargo de acciones nominales como aquellas cuya titularidad ostenta el demandado, señor **JULIO ERNESTO LAVERDE POLANCO** en la sociedad “HACIENDA VILE SAS”, quien con la comunicación del decreto debe cumplir las obligaciones contempladas en el numeral 6º del Artículo 681 del C. de P. C., consignando a ordenes del Juzgado los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que correspondan al derecho embargado, so pena de incurrir en las sanciones legales.

La norma empero no excluye el nombramiento de secuestre, quien para la ejecución del secuestro tendrá las facultades previstas en la misma norma general, numeral 6º del artículo 681 del C. de P. C. in fine, que le autoriza para *“adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas, y promover cualesquier otra medida autorizada por la ley con dicho fin, tendrá acceso a los libros y comprobantes de la sociedad y podrá solicitar exhibición de ellos”*.

De esta manera se armonizan las disposiciones de la ley civil cuando de una parte autoriza la defensa de los bienes que pudieran ser objeto de gananciales y el propósito del Código de Comercio de prevenir afectación a terceros, e interferir en la menor medida posible el tráfico normal de los negocios de las sociedades por acciones nominativas como las comprometidas en este litigio.⁶

En este orden de ideas, se revocará el auto apelado y en su lugar se ordenará al Juzgado de conocimiento designar secuestre de la lista de auxiliares de justicia quien tendrá las facultades previstas en la norma atrás indicada, facultades que no pueden ampliarse como pretende el recurrente a la totalidad de los derechos políticos que ostentan los titulares del derecho nominativo en la sociedad “HACIENDA VILE SAS”, por cuanto el embargo no priva el ejercicio de tales derechos (asistir y ejercer el derecho al voto en las asambleas de accionistas) los que solo pueden ser detentados por su titular o a través de su apoderado”. (...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 432, 434, 681 num. 6º, 682 Y 691 C.P.C. : ARTÍCULOS 377 Y 415 DEL C. de Co. : SENTENCIAS C-379 DE 2004 C.C. : Sent. 22 de junio de 2011 M.P. Edgardo Villamil Portilla S.C. C.
FECHA	: 2012-12-06
PROCESO	: DIVORCIO (APELACIÓN AUTO)
PONENTE	: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
DEMANDANTE	: BEATRIZ EUGENIA DEL CARMEN GUTIÉRREZ PLATA
DEMANDADO	: JULIO ERNESTO LAVERDE POLANCO
DECISIÓN	: REVOCA

1.3.1.
Sala Laboral

6 6Corte Constitucional, **Sentencia C-379/04**. “Precisamente por esa tensión es que,... la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medidas cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados.”.

Problema jurídico por resolver: Debe la Sala determinar si es procedente la integración del litisconsorcio necesario con las organizaciones COMUNIDAD ESTRATÉGICA C.T.A., APOYAR LTDA. C.T.A.

ESTA DECISIÓN DEL A QUO ES EQUIVOCADA, PUES DENTRO DE LAS MÚLTIPLES HIPÓTESIS QUE EXISTEN, BIEN PODRÍA CONTINUARSE EL PROCESO ÚNICAMENTE CONTRA LA ACCIONADA CENTRO COMERCIAL GRAN ESTACIÓN P H, COMO SE HA PETICIONADO POR LA DEMANDANTE Y SE INSISTE EN ELLO, Y DURANTE EL CURSO DEL MISMO ACREDITARSE QUE NO ERA LA LLAMADA A RESPONDER POR LAS ACREENCIAS RECLAMADAS O BIEN, PORQUE SIÉNDOLO, CUMPLIÓ CON LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, ENTRE OTRAS, SIN QUE DICHA DECISIÓN LLEGUE A AFECTAR A LAS COOPERATIVAS COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., Y APOYAR LTDA C. T. A

PARA EL EFECTO ES PRECISO RECORDAR QUE EL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, APLICABLE AL PROCEDIMIENTO LABORAL EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 145 CPTYSS, NOS ILUSTRACERCA DE LO QUE HA DE ENTENDERSE POR ESTE FENÓMENO PROCESAL”.(...)

a) Demanda:

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la providencia proferida por él a quo el 9 de octubre de 2012, por medio de la cual ha considerado que es procedente la integración del litisconsorcio necesario con las organizaciones COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., y APOYAR LTDA C. T. A pues sin su intervención no se podría emitir un fallo de mérito dentro del presente proceso. (fl.518)

c) Consideraciones:

Esta decisión del *a quo* es equivocada, pues dentro de las múltiples hipótesis que existen, bien podría continuarse el proceso únicamente contra la accionada CENTRO COMERCIAL GRAN ESTACIÓN P H, como se ha petitionado por la demandante y se insiste en ello, y durante el curso del mismo acreditarse que no era la llamada a responder por las acreencias reclamadas o bien, porque siéndolo, cumplió con las obligaciones demandadas, entre otras, sin que dicha decisión llegue a afectar a las cooperativas COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., y APOYAR LTDA C. T. A

Para el efecto es preciso recordar que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral en virtud del principio de integración normativa contenido en el artículo 145 CPTYSS, nos ilustra acerca de lo que ha de entenderse por este fenómeno procesal.

En efecto, reza el artículo en cuestión:

“ARTICULO 83. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 35.
Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en

el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso."

(Subrayamos)

Se ha dicho que el *litisconsorcio necesario* es un fenómeno procesal que se presenta cuando, por la naturaleza de la relación jurídica debatida, no es posible adelantar o concluir en el fondo el debate si no se encuentran presentes todas las personas que conforman esa relación sustancial.

Esa comparecencia y presencia de los litisconsortes necesarios dentro del debate procesal, se explica por razón de la unidad inescindible de todas ellas con la relación de derecho sustancial que se debate, de suerte que no es posible llegar a una sentencia de merito, sin la intervención de todas y cada una de ellas, y es por ello que la citación e intervención del litisconsorte necesario es obligatoria y así la debe disponer el juez en el auto admisorio de la demanda, de oficio, o bien por petición de una de las partes.

En el presente caso no se trata de un litisconsorcio necesario pues el debate se centra en determinar si la demandada GRAN ESTACION CENTRO COMERCIAL P H no es la obligada, bien porque lo sea otra no demandada, como presuntamente lo serían las organizaciones COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., y APOYAR LTDA C. T. A. o porque la perseguida GRAN ESTACION CENTRO COMERCIAL P H no responde de las obligaciones reclamadas, pues la cuestión no se enmarca en la mencionada figura sino del fondo mismo del proceso, para poder llegar a una sentencia absolutoria, como lo pretende la demandada, pues lo procedente era la **denuncia del pleito**, caso en el cual las presuntas cooperativas serían las que deberían responder por las acreencias laborales demandadas,

Se concluye, entonces, que es necesaria la integración del litisconsorcio cuando la sentencia ***solo puede dictarse útilmente frente a todos los partícipes de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso***, de modo tal que la eficacia de este se halla subordinada a la citación de estas persona, pues el fundamento del litisconsorcio necesario reside en la exigencia de resguardar el derecho de defensa en juicio de todos aquellos cointerésados a quienes ha de extenderse la cosa juzgada propia de la sentencia dictada sobre el fondo del litigio.

Ahora bien, se equivoca el *a quo* al creer que su misión dentro del proceso es la indagar todas las relaciones laborales que se suscitaron con el actor, y buscar si las dos cooperativas llamadas por la demandada deban contribuir en algo, pues ese no es el objeto del proceso laboral, en forma inquisitiva, de suerte que no puede, sin prejuizar, insistir en la comparecencia de las Cooperativas COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., y APOYAR LTDA C. T. A, obligándolas a

comparecer como demandadas, cuando la intención de la parte actora no es el llamarlas a responder por obligación alguna.

Se repite, como quiera que los presupuestos fácticos de la norma en cita no se presentan en el caso que se debate, toda vez que la sentencia de mérito que se profiera puede hacerse con prescindencia total de las cooperativas COMUNIDAD ESTRATÉGICA C. T. A., y APOYAR LTDA C. T. A., la providencia apelada se REVOCARA a fin de que se adelante el proceso solo en contra de la entidad inicialmente accionada, vale decir, Centro Comercial Gran Estación Propiedad Horizontal”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULO 83 DEL C.P.C.
	: ARTÍCULO 145 DEL C.P.T.
FECHA	: 2013-02-12
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN AUTO)
PONENTE	: Dr. JORGE ALBERTO GIRALDO GÓMEZ
DEMANDANTE	: CARLOS GUILLERMO CORAL PICÓN
DEMANDADO	: CENTRO COMERCIAL GRAN ESTACIÓN PH
RADICACIÓN	: 017 2012 00207 01
DECISIÓN	: REVOCA LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Sala Penal 1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 11001220400020122704 00 (17-11-12) NULIDAD POR CAMBIO DE JUEZ - Se requiere demostrar que la sustitución del funcionario implica violación al debido proceso en aspectos sustanciales - Funcionario judicial debe realizar un juicio de ponderación frente a otros valores y principios de igual o superior rango constitucional - La celeridad y eficiencia de la administración de justicia no pueden terminar siendo garantías fundamentales de mayor peso constitucional que la del debido proceso. CON SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS.

“5.2.2. El Constituyente derivado mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política, consagró el nuevo sistema penal –constitucional-, donde sin vacilación debe regir la norma sustancial que consagra derechos inalienables a los intervinientes y que sopesados frente a los innegables problemas del surgimiento, crecimiento y consagración del sistema, no pueden ser objeto de renuncia o relativización so pretexto de adaptar el engranaje exigido a la implementación de la nueva normatividad penal o a la fuerza de las rutinas existentes en la práctica judicial, cuando esa flexibilización implique mengua de garantías fundamentales, que amparan al enjuiciado y que redundan el quebrantamiento del derecho de defensa.

Ante ese imperativo, se hace un riguroso llamado de atención a los funcionarios de instancia, para que no sigan programando y desarrollando audiencias a la vieja usanza, como si el nuevo código no hubiese modificado esos paradigmas, imponiendo reglas precisas sobre inmediación y concentración probatoria.

(...)

5.2.5. Sobre este tópico debe ser clara la Sala de entrada, señalando que hay garantías constitucionales que no se encuentran al arbitrio de los abogados o partes intervinientes en el proceso penal o de los funcionarios judiciales y por

tanto, no pueden ser objeto de negociación o convalidación por los intervinientes o de renuncia por el titular de ellas, aun con la aquiescencia expresa e informada del procesado, debidamente asistido por su defensor, como ocurre *verbi gratia* con la dignidad humana, el derecho a la libertad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, derecho de defensa, publicidad, juez natural, cosa juzgada, legalidad de la prueba, de contradicción cuando se ha optado por el juicio público o principios como la necesidad de la prueba para adoptar una determinación de fondo, entre otros; ello precisamente porque conforman el núcleo esencial del debido proceso y sobre ese aspecto no pude haber transacción o flexibilización de ninguna naturaleza, en cuanto su menoscabo, redundaría automáticamente en la disminución del derecho de defensa.

Pero a su vez hay otros principios que igualmente están definidos en el Código de Procedimiento Penal, como normas rectoras y que tienen también fuerza vinculante, como instrumentos integrantes del debido proceso y criterios de interpretación cuyo resquebrajamiento o mengua frente a tensiones con otros principios igualmente de raigambre constitucional, no necesariamente conducen a concluir automáticamente que con ellos se desconoce el derecho de defensa y por lo tanto, que ineludiblemente debe decretarse la nulidad, ante su flexibilización.

erá el juicio de ponderación que haga el funcionario, frente a principios en tensión el que finalmente concluya, si hay menoscabo o no de las garantías fundamentales integrantes del debido proceso, con efectos directos en desmedro del derecho de defensa y la síntesis que de allí surja, lo que le permita finalmente al funcionario definir si hay lugar o no a la invalidación de parte de la actuación, porque su convalidación en el proceso menoscaba su núcleo esencial y ello NO lo podrá hacer, si ni siquiera previamente como acontece en el este proceso, revisa los audios de lo ya actuado para determinar si puede o no aprehender lo ya sucedido y si su decisión final al enunciar el sentido de fallo menoscaba esos fundamentos y de ser ello así, determinar concretamente, en qué consiste la violación a ese derecho de defensa.

(...)

Por consiguiente, la celeridad y eficiencia de la administración de justicia no pueden terminar siendo garantías fundamentales de mayor peso constitucional que la del debido proceso y dentro de éste, el de acatar irrestrictamente los principios de inmediación y concentración de la prueba practicada en juicio, tensión ante la que se impondrán los últimos, siempre que su flexibilización implique quebranto del derecho de defensa, de lo contrario, la actuación será válida, en cuanto que por encima de ellos, hay una máxima de derecho, que nos enseña que *“nadie está obligado a lo imposible”*.

Por lo tanto, consagrar legalmente que el cambio de funcionario en la etapa del juicio implica *per se* la invalidación de lo actuado como lo interpretó el *a quo* sin ningún otro juicio de valor de cara al derecho de defensa, es sencillamente consagrar legalmente lo imposible e interpretar esa garantía como el único imperativo procesal, sin ponderación frente a otros valores y fundamentos de igual o superior rango constitucional. Ello precisamente porque los seres humanos se enferman y mueren en cualquier momento, para plantear solo dos situaciones de las más comunes, sin referirnos a muchas otras que pueden ocurrir y que ya las ha ido utilizando la jurisprudencia para flexibilizar estos dos principios, ante esas circunstancias que son propias de la naturaleza humana y que no pueden ser desconocidas por una norma penal o su operador, para consagrar o interpretar lo inviable, como una categoría absoluta del derecho procesal penal, sin otra finalidad que no sea, la garantía del debido proceso y dentro él, su núcleo esencial: el derecho de defensa.

5.2.6. Ahora, la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia por vía de jurisprudencia ha determinado el alcance de esa preceptiva y ha definido que en casos excepcionales es permitido que un juez diferente al que presenció el debate oral, emita la sentencia, siempre que se presente algunas de las razones que ha considerado nuestro máximo Tribunal como justificantes para que esos principios de concentración e inmediación probatoria sean morigerados, en tanto deben ser balanceados con otros de igual raigambre constitucional como el acceso a la justicia y los derechos de las víctimas o el los de los menores o personas con debilidad manifiesta (*interpretación pro infans*), que resultan prevalentes por expresa disposición constitucional y mayor ponderación judicial, incluso por encima de los que se vienen cuestionado.

(...)

5.2.8. Por lo tanto, el haberse variado la persona del juez en el transcurso del juicio oral y no haberse demostrado en concreto en que se menoscaba el derecho fundamental de defensa del acusado o como se quebranta el debido proceso en aspectos sustanciales, pero particularmente, si ello incide de manera determinante: ***“en la apreciación de las pruebas practicadas”***, carece de todo fundamento declaratoria de nulidad decretada por el simple cambio de funcionario y en abierta contradicción con lo que ha sentenciado nuestro máximo Tribunal Constitucional y la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha decantado al respecto, cuando se está dentro de las excepciones estipuladas por aquellos, válida resulta la actuación allí cumplida, máxime cuando la prueba que falta es la de la defensa y la ya practicada y apreciada en los videos, permitirá valorar lo que ha acontecido en esa audiencia y la aprehensión de su contenido para la emisión del sentido del fallo.

Si esos principios de concentración e inmediación fueran absolutos, no se permitiría en nuestro procedimiento la segunda instancia por vía de los recursos ordinarios o la Honorable Corte Suprema de Justicia por vía de los recursos extraordinarios, dictar sentencia de reemplazo, sin la garantía de la inmediación y concentración y su revisión sería únicamente de legalidad y/o constitucionalidad, para invalidar lo mal hecho y ordenar que se repitieran los juicios irregulares, pero nunca cambiar el sentido del fallo, con la simple apreciación en los videos de lo que ocurrió en el contradictorio.

5.2.9. Una ponderación racional de los principios de concentración e inmediación, frente a los de acceso a la justicia, dignidad humana, debido proceso, derecho de defensa, imparcialidad, legalidad, derecho de las víctimas, contradicción y publicidad, entre otros, que son los cimientos del proceso penal, necesariamente conduce a concluir que todas ellas son normas de optimización, lo cual implica que ellas no determinan lo que debe hacerse, sino que ordenan:

*“algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades (sic) jurídicas y reales existentes”*⁷.

*“Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer esa **“mayor medida posible”** en que debe realizarse un principio es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas o con los principios que respaldan a las reglas opuestas”*⁸.

De donde se concluye que el cambio de juez por si solo en absoluto menoscabó los principios de inmediación y concentración, hasta el punto de socavar su núcleo

7 Cfr. R. Alexy Teoría de los derechos fundamentales, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp 86 y 87.

8 Cfr. Carlos Bernal Pulido. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, febrero de 2008. pág. 97 y 98.

esencial (el derecho a la defensa) que sería la única posibilidad de generar la nulidad, por su ocurrencia, pero ante la imposibilidad de apreciar los resultados de las pruebas practicadas o ante la afectación de la memoria de lo acontecido, aspectos sobre los que nada dijo la instancia en su providencia que invalida.

(...)

5.2.11. Es la misma jurisprudencia como acertadamente lo indicó el fiscal la que ha reconocido que el proceso penal no puede estar sujeto a la observancia de las ritualidades que lo caracterizan, pues de esa rigidez podría derivarse la afectación infranqueable y absurda de valores superiores, como los derechos de los menores, los cuales prevalecen sobre los de los demás en virtud del interés superior contenido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, apotegma desarrollado en los artículos el 6º, 8º, 9º, 18º y 20 de la Ley 1098 de 2006 y que ampliamente ha sido consolidado a nivel internacional; obviamente, cuando su reconocimiento como prevalente no implique la mengua del derecho de defensa, que en criterio de ésta Sala hace parte del núcleo esencial del debido proceso.

De dicha normativa dimana el deber de dirimir el caso particular con plena observancia del principio *pro infans* que busca que ante el conflicto de dos derechos o prerrogativas contrapuestas, la solución sea la que otorgue mayores garantías a los menores, es decir, la que refleje la prioridad del interés del menor, aspecto que debe interpretarse en armonía con el artículo 193 numeral 7º de la Ley 1098 de 2006 que establece que en los procesos donde las víctimas sean niños, niñas o adolescentes las autoridades judiciales no le deben generar daños adicionales, como la revictimización a que serían sometidas las presuntas víctimas que tan solo cuentan con escasa edad, de ser llamados nuevamente a relatar lo sucedido⁹; salvo que ello implique se insiste, desconocimiento evidenciable del derecho de defensa; y que aun así, si se revictimiza al infante es preferible que prime su derecho sobre el acceso a la justicia que debe ceder ante dicho conflicto.

Es tal la afectación que se causan hechos tan repudiables como los presuntamente cometidos por el acusado, que someterlos nuevamente a ese dolor que tanto traumatismo les genera, incluso puede conducir a que decidan no volver a enfrentar esa situación repitiendo su testimonio, se reitera, ante las mortificaciones que seguramente tales episodios les producen, lo cual no puede permitirse, especialmente, cuando no se demostró de qué manera se afecta ese derecho de defensa si no se repiten las pruebas ya practicadas y no se avizora que esa impresión personal con que debe emitirse la sentencia, se reduzca al acudir a las grabaciones de audio, fundamentalmente, cuando faltan por practicar todas las pruebas de la defensa, que en últimas, serán las que permitirán adoptar la decisión en uno u otro sentido, garantizándose así la incolumidad del mismo.

(...)

5.2.12. Entonces como no se irrespetaron las garantías fundamentales del acusado, ni se transgredieron principios rectores del proceso penal, como los de concentración e inmediación y el aplazamiento de la continuidad del juicio se debió principalmente a la solicitud de la defensa, pero además hay menores que se revictimizarán de citarlos nuevamente al estrado, la Colegiatura REVOCARÁ la decisión que se revisa, por NO encontrarla ajustada a derecho, pero particularmente al juicio de ponderación entre principios enfrentados y al test de proporcionalidad, que debe efectuar el funcionario para dirimir cuál de ellos prevalece, en tanto, privilegiar el opuesto, quebranta al derecho de defensa y en que aspectos, situación que no se realizó en concreto la providencia que se revisa, ni en la derrotada.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000102 2012 00214 01 PROVIDENCIA QUE ANULÓ SENTENCIA DICTADA EN VIRTUD DE PREACUERDO SUSCRITO CON HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ EN EL DENOMINADO CASO DEL “CARRUSEL DE LA CONTRATACIÓN” (19-11-12) NULIDAD – Por falta de motivación de la sentencia respecto a los fundamentos jurídicos que la integran / SENTENCIA ANTICIPADA – No exonera al juzgador de una adecuada y completa argumentación / PREACUERDO - Deber del juzgador de controlar legalidad de los delitos y las penas y la tipicidad de los delitos. CON SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS.

“Ahora, de acuerdo con la línea jurisprudencial, se suscita la nulidad de lo actuado cuando los argumentos utilizados en la decisión judicial que se cuestiona devienen en imposibles de aprehender, bien sea por **(i)** ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no obran en ésta los fundamentos fácticos o **jurídicos que la integran**; **(ii)** motivación incompleta, que ocurre cuando el funcionario deja de analizar, o aborda en forma precaria, cualquiera de estos dos aspectos; y **(iii)** motivación ambivalente, es decir, cuando los fundamentos son abiertamente ilógicos o contradictorios.

Conllevando a desdibujar la función de la motivación de las providencias que no es otra, como garantía fundamental del debido proceso, sino la de materializar un efectivo control en el ejercicio de la actividad judicial y facilitar el adecuado derecho de defensa.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha decantado:

“ En efecto, con fundamentar desde los puntos de vista fáctico y jurídico las decisiones judiciales, el funcionario, a partir de la lógica de lo razonable, no sólo intenta convencer tanto a los sujetos procesales como a la comunidad en general de que la providencia por él proferida fue materialmente correcta o conforme a derecho (y que, por lo tanto, no hubo arbitrariedad), sino que además deja abierta la posibilidad para que, en el interior del proceso, la justificación empleada en la providencia, en tanto contenga argumentos susceptibles de ser verificados o refutados para el ejercicio del derecho de contradicción, sea objeto de los recursos de ley y, dado el caso, conocida en sede de segunda instancia, así como del extraordinario recurso de casación.

(...)

“[...] el deber de motivar las providencias tiene como razón fundamental la de posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto por otros Tribunales distintos mediante los recursos como por las partes y el resto de la sociedad. Si el Tribunal explica las razones de su decisión, es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de una pura arbitrariedad”¹⁰.

(...)

“La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”¹¹.

“En este orden de ideas, si la motivación debe responder a la función de garantizar la actividad judicial permitiendo el conocimiento de la racionalidad de la providencia, es evidente que, en la práctica, ésta tendrá que contener argumentos mínimos para poder justificarse de manera objetiva, es decir, deberá fundarse en criterios deducidos de las pruebas obrantes en la actuación, cuya profundidad y extensión

¹⁰ López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1371.

¹¹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, 2002, pp. 435-436.

Entonces, se puede concluir que hay falta de motivación: **1.** Cuando falta concretar la realidad fáctica y jurídica que soporta la decisión y se presenta una ausencia absoluta de motivación; **2.** Cuando ésta no refleja el fundamento del fallo, es decir, se considera precaria o incompleta; y **3.** Cuando la sentencia se instituye sobre razones contradictorias y excluyentes que obstaculizan el verdadero sentido, la que también es considerada anfibológica.

“**6.2.7.** Es así como sin hacer ningún control material sobre la tipicidad de las conductas y el juicio de adecuación para determinar si en verdad hay correspondencia fáctica entre el núcleo de los hechos imputados y la calificación jurídica dada a los mismos y el grado autoría o participación con el que se enrostra, se aprueba el preacuerdo, se emite la sentencia y se individualizan las penas mínimas, para los tres ilícitos preconvenidos, rebajándose el 50% preacordado; se repite, sin hacer ningún control de fondo, para establecer si en verdad el señor **Héctor Julio Gómez González**, es un interviniente en los delitos calificados por el sujeto activo (*extraneus*) o por contrario, tiene la calidad de codeterminador de los mismos, con algunos otros integrantes de la aludida comunidad criminal. Y si es un **coautor interviniente** como se indicó en el preacuerdo y se acogió en la sentencia y en la ponencia derrotada, tampoco se definió si debe responder como **coautor propio o impropio**, dejándose de lado el hilo conductor que guió esta asociación delictiva, esto es, el concierto para delinquir bajo el que actuaron, lo cual marca de entrada una gran diferencia jurídica sobre su cooperación, la ubicación de la misma dentro de la teoría la autoría y participación y el grado de intervención sobre el que debe responder, como a primera vista se evidencia.

“Dígame entonces, que la actuación del funcionario de conocimiento al entrar al estudio del preacuerdo, encuentra su razón de ser en que este mecanismo de terminación anticipada no legitima al fallador a emitir una condena que haga caso omiso a los antecedentes del proceso, pues no puede perderse de vista la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales también rigen en los casos de sentencia anticipada”¹³

Pero además encuentra la Sala Dual, **recapitulando sobre lo expuesto**, que en el preacuerdo celebrado, en la aprobación del mismo y la sentencia emitida, no se percataron como lo advierten los censores, que vedadamente la Fiscalía otorgó al imputado con el que preacordó¹⁴, cuatro beneficios que acumulados superan el 50% de rebaja punitiva, previsto como máximo a beneficiar en las negociaciones de culpabilidad preacordadas, conforme lo previsto en el art. 351 y concordantes del C.P.P. Ellos son:

1º). De la imputación fáctica se desprende que el señor **Héctor Julio Gómez González** se encuentra incurso en los tres delitos imputados: concierto para delinquir; peculado por apropiación agravado por la cuantía, interés ilícito en la celebración de contratos, conforme a los concursos atribuidos en la imputación y en el preacuerdo de acusación. Pero además, inexplicablemente la Fiscalía no le imputó cargos por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y cohecho propio por el que presuntamente se encuentran comprometidos éste y los funcionarios que recibieron dádivas a cambio de la venta de la función pública, para ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales.

¹² Sentencia Casación 18/03/2009 Rad. 26631 M. P. Julio E Socha Salamanca

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal Sentencia del 27 de abril del 2011, radicado No.34.829. M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

2º). Aparte que se dejaron de imputar dos de los delitos principales atribuidos a la organización de los cuales deben responder igualmente los contratistas, sin explicación alguna, distinta a que va a colaborar como testigo de cargo en otros juicios, se dejan de atribuir para los delitos que se imputaron y para los que no se imputaron, pese a que se desprenden nítidamente del aspecto fáctico a él aludido, las circunstancias de menor y mayor punibilidad ya referidas, omisión con la que se deja de aplicar la pena legal que debe estar ubicada al individualizarla dentro de los cuartos medios y no en el mínimo, como si no existieran dichas circunstancias de mayor punibilidad, concurrentes para los hechos investigados.

3º). Adicional a que no se imputan tales circunstancias de mayor punibilidad, lo que implicaría que la pena deba moverse en el cuarto mínimo de los topes previstos en la ley, conforme a los parámetros legales para tasarla, se acuerda imponer la pena mínima del cuarto mínimo. Es decir, la mínima consagrada en la ley, como si se tratara de conductas delictivas insignificantes.

Y Pese a que se dijo en el acuerdo que la pena a imponer es la mínima prevista en el tipo penal, el juez la rebajó para el delito de peculado, con el argumento que tiene derecho al descuento por el reintegro, no obstante que en otra parte de su providencia sostuvo que la pena la habían individualizado en el preacuerdo y que por esa razón, él no podría tocarla; por lo tanto le era indiferente si obraban o no circunstancias de mayor punibilidad, como le advertían las víctimas.

4º). El cuarto beneficio otorgado fue la rebaja del 50% de la pena mínima a imponer que resultare luego de individualizarla en su totalidad, en virtud del concurso de delitos imputados y aceptados.

A ese acuerdo así celebrado, en el que se le rebaja al acusado aproximadamente las tres cuartas partes de la pena que realmente le corresponde por su intervención en los hechos investigados, por los delitos imputados y no imputados, aún en el entendido de que su participación en los que demandan la calidad de “*servidor público*”, la imputación legal que le podría corresponder sea la de simple **coautor interviniente por su calidad de extraneus** en tanto no sea posible otro grado de atribución; se le imparte aprobación por la instancia sin controlar que el mismo desborda los límites legales permitidos y que se le otorgan cuatro beneficios, cuando la ley que los regula prohíbe otorgar más de uno de ellos, en su art. 351. En este acuerdo la Fiscalía tácitamente aplicó un principio de oportunidad de facto. Expresa la ley:

“La aceptación de cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

6.2.8 Recuérdesse que tanto el Juez de Control de Garantías como el Juez de Conocimiento no son convidados de piedra, sino que deben estar prestos a dar cumplimiento a las funciones que le fueron encomendadas por la Constitución Política y por la ley¹⁵, en atención a verificar las labores y garantías de las partes

¹⁵“La Sala ha enfatizado en diversas oportunidades que la revisión que emprende el funcionario judicial no es meramente sobre aspectos formales, tales como la libertad, la comprensión o la asistencia jurídica que hubiere tenido el imputado o procesado; es por ello que ha indicado que:

“... ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada

e intervinientes y velar porque las mismas sean acordes con sus facultades y deberes, en cumplimiento del rol que desempeñan, pero primordialmente ajustados al principio de legalidad y tipicidad inequívoca y estricta; así como al imperativo de establecer con objetividad: la verdad y la justicia (art 5º del C.P.P).

Sin embargo, la Fiscalía en vez de imputar la totalidad del concurso de delitos que se desprende de la atribución fáctica y de la evidencia que los sustenta¹⁶, enrostró parte de ellos y un grado de participación que solo es viable para quienes prácticamente efectúan una contribución residual; actuación que el Juez de Garantías y de Conocimiento ciegamente aprobaron como si no fueran estas sus funciones y no tuviesen que hacer control de legalidad de las negociaciones, comenzando por la adecuación típica de la conducta imputada frente al devenir que los convoca, al igual que la legalidad y el respeto de los límites definidos por el ordenamiento penal y procesal penal, dentro de los cuales la Fiscalía pueda preacordar, pero obviamente atendiendo las inquietudes de las víctimas, sin que su facultad se vea menguada por lo perseguido por aquellas.

6.2.9. Actuación que para el caso que nos ocupa, constituye una violación flagrante a las garantías constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las víctimas e intervinientes y de la sociedad en general, pues la motivación de la sentencia judicial conlleva a que el funcionario determine de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos la responsabilidad o no de una persona, más allá de toda duda y dé respuesta a cada una de las inquietudes de las partes e intervinientes. Y no obstante que en este caso, se trata de una sentencia anticipada donde el imputado o acusado prenegocia con el órgano de la acusación los cargos y circunstancias de imputación, debe igualmente efectuarse una valoración de contexto, la que si bien no debe ser extensa, no puede ser precaria y carente de argumentos y menos aún, soslayar el supuesto fáctico atribuido, pero inconcluso jurídicamente.
(...)

3.2.7. Así las cosas y ante la flagrante violación al debido proceso y el acceso a la administración de justicia¹⁷ y el desprestigio que implicaría para ella, la validación de un preacuerdo erróneamente celebrado, se declarará la nulidad desde la formulación de imputación surtida el 2 de noviembre del 2011 (excluida esta), para que la Fiscalía rehaga la imputación jurídica acorde con la intervención fáctica de cada uno de los indiciados en el devenir delictivo, entre ellos, al contratista **Héctor Julio Gómez González**, a quien se le deben imputar jurídicamente los cargos de acuerdo con su aporte en la ejecución de los hechos atribuidos colectivamente a la empresa criminal¹⁸, guardando en todo caso, coherencia entre lo ocurrido, lo contribuido por éste a la realización de los hechos y la calificación legal que de allí se desprende.

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000049200711393 02 (25 -09-12) USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE OBTENEDORES DE VARIEDADES VEGETALES – Tipicidad – Tipo en blanco – Configuración / USO ILEGÍTIMO DE PATENTES – Tipicidad - Tipo en blanco – Configuración.

tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, radicación No. 29979).

16 “...En esa medida, si el investigador es el directamente relacionado con el acontecer fáctico, resultaría un desbordamiento de competencias que, contrario a las evidencias que la Fiscalía tiene para soportar fácticamente una imputación, el juez pretenda afirmar que existen o pueden existir otros elementos fácticos que sugieren que los hechos sucedieron con un alcance distinto, como sucedió en este caso.....” ((Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 59043 del 6 de marzo de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz).

17 Deberes del Juez al estudiar los preacuerdos y allanamientos, denominados justicia consensuada (Sentencia del 23 de noviembre del 2011. Rdo No.37.209. M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho.

18 El Juez puede preferir la tipicidad que considere acertada, siempre que nos e agregue un hecho nuevo, ni se cambie la esencia de la base fáctica (Auto del 7 de diciembre del 2011. Rdo No. 36367. M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho.

“De ahí que el Constituyente en el entendido que los nombres comerciales, la enseñas, marcas, patentes de invención y los modelos de utilidad o diseño industrial, son expresiones de la propiedad privada que constituyen un medio eficaz para el desarrollo económico y, por consiguiente, para el avance social, en los artículos 58 y 61, en armonía con los artículos 150 numeral 24 y 189 numeral 27 ibídem, dejara ver la necesidad de brindarles una protección que se concretó cuando el legislador consagró dentro de los atentados contra el Orden Económico y Social, los delitos de **usurpación de derechos de propiedad industrial y derecho de obtenedores de variedades vegetales y uso ilegítimo de patentes**, que constituye una afrenta contra el bien jurídico en mención debido al desconocimiento de la propiedad industrial vinculada a la utilización fraudulenta. (...)

Desde la arista de la estructura la Sala advierte que el legislador contempla en los artículos traídos a colación una norma penal en blanco, connotación que deviene no de los elementos descriptivos contenidos en ellos, sino ante el referente obligado e ineludible de acudir a otro ordenamiento jurídico con el propósito de concretar de manera cabal la conducta reprimida.

En torno a los derechos de propiedad industrial de importancia es resaltar que los componentes de su sector de creaciones industriales nuevas, son los derechos de exclusividad de carácter temporal reconocidos a través de **las patentes**, de los registros de certificados de invención, **de los registros de modelos de utilidad** y de los registros de dibujos y modelos industriales.

Entiéndase por patente el título o derecho que el Estado otorga a una persona para que explote una creación, genero que incluye la de invención, **la de modelo de utilidad** y la de diseño industrial, donde la divergencia radica en el grado de invención o de creatividad que tiene el producto y su protección depende del nivel inventivo, que en tratándose de las últimas, es de 10 años.

Sobre el particular el artículo 81 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina referente al régimen común sobre propiedad industrial establece:

“ Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes”.

Esa protección conferida por la patente está determinada por el tenor de las reivindicaciones y confiere a su titular el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos: (a) **cuando en la patente se reivindica un producto:** (i) fabricar el producto. (ii) ofrecer en venta, vender o usar el producto o importarlo; para algunos de esos fines; y **cuando en la patente reivindica el procedimiento:** (i). emplear el procedimiento o ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) respecto a un producto obtenido directamente mediante el procedimiento.

5.3. Bajo tales premisas la Colegiatura se adentrará en el análisis de las infracciones enrostradas al acusado en aras de verificar si las conductas desplegadas se avienen a las hipótesis de los artículos 306 y 307 del Código Penal y en la mismas concurre el calificativo de fraudulenta y el aspecto subjetivo (dolo) o en su defecto se impone la confirmación de la absolución ante la duda que dice el *a quo* impera en torno a dicho aspecto.

5.3.1. En el caso concreto a partir de las pruebas de la acusación se acreditó que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución N° 36489 le otorgó la patente de modelo de utilidad al señor Gabriel Carrillo Villa sobre la creación denominada “expendedor valvular para crema dental”, dispositivo hogareño para extraer por presión digital una fracción de crema dental y que con tal finalidad expidió el certificado N° 284.

Que ante la disminución en las ventas de tal elemento, el titular de tal derecho realizó pesquisas que le permitieron establecer que otra persona se dedicaba a la fabricación y posterior comercialización en el Almacén Éxito de las Avenidas las Américas, de un dispensador con idénticas características de la válvula patentada.

5.3.2. Y que al ser puestos tales hechos en conocimiento de la autoridad competente, según se desprende del informe ejecutivo (evidencia N° 1), dentro del programa metodológico se incluyó una diligencia de allanamiento y registro al inmueble ubicado en la Calle 64 N° 111C- 71, que se materializó el 10 de abril de 2008 por el Cuerpo Técnico de Investigaciones –CTI y culminó con la captura de Luis Javier Pineda Monroy y la incautación de los siguientes elementos...

Artefactos que después de ser objeto de la fijación fotográfica que fue insertada al juicio por David Camilo Pulido Arévalo -fotógrafo del CTI-, fueron sometidos a experticio técnico (evidencia 9), misión que se encomendó a Jaime Alejandro Fajardo – Auxiliar de Justicia –, perito que luego de un análisis comparativo del sistema valvular: expendedor valvular para crema dental, que incluyó cotejo físico, mediciones con calibrador y cotejo de los componentes, estableció que el orden de ensamble, el concepto tecnológico, los materiales, los mecanismos que tienen ambos sistemas son prácticamente iguales en casi todos los componentes, la función y la disposición dentro del sistema valvular.

(...)

5.3.5. Entonces, al no contar **Luis Javier Pineda Monroy** con el derecho, no haberlo tramitado o conseguido regularmente y optar por apropiarse de la patente de modelo utilidad por sí y ante sí, sin llenar o agotar los requisitos que exige la legislación sobre la materia, sencillo es concluir adversamente a lo sostenido por el *a quo* que se configuran los delitos enrostrados, pues el título, derecho o monopolio entregado por el Estado frente al modelo de utilidad: “expendedor valvular para crema dental”, le fue conferido al señor Gabriel Carrillo Villa y aunque con dicho propósito en el 2008 el acusado elevó solicitud, ha de recordarse que por no ajustarse a los parámetros previstos para el efecto, le fue negada la pretensión, pues para entonces y la fecha de los hechos (diciembre de 2007) el señor Gabriel Carrillo Villa todavía ostentaba los derechos o el monopolio que impedían que **Luis Javier Pineda Monroy** fabricara el mismo.

No empecé como lo dejó acreditado el ente fiscal, sin contar con ese derecho de propiedad industrial no solo fabricó el producto de las características ya aludidas, sino que lo comercializó como se desprende de la factura de venta allegada a través del denunciante, quien ante el retroceso en las ventas no dudó en acudir a una de sus colaboradoras para la adquisición de uno de tales elementos, cuya revisión le permitió concluir que era idéntico: *“Mi secretaría compró uno de estos aparatos, lo desarmé y ví que era exactamente igual al sistema valvular que yo había patentado”* (record 01.10:54).

(...)

5.3.6. El acusado en un válido esfuerzo defensivo al renunciar al derecho de guardar silencio quiso hacer ver que el dosificador para crema dental que venía elaborando presenta algunas diferencias de cara al patentado por Carrillo Villa, especialmente frente a la forma, puesto que le adicionó una cavidad para colocar

la maquina de afeitar que el gabinete que se le exhibe no tiene, le añadió las divisiones para que los cepillos de dientes no se rocen y en la parte técnica le cambió la forma a la válvula.

(...)

Y aunque no discute la Sala que el testigo perito sostuvo que la válvula es: “sin rítmica de paso” y que también se constó que el botón pulsador y el resorte helicoidal varían en una mínima proporción en su diámetro (más o menos 2 milímetros), en las destacadas condiciones la identidad tecnológica es del 100% y aunque en la forma solo lo es del 95%., innegable es que el elemento que se encontraba en estado de técnica en el mercado, no fue mejorado en su funcionalidad como atinadamente lo sostiene el recurrente.

5.3.7. De otra parte, no puede admitir la Sala el argumento que la patente de modelo de utilidad se emitió exclusivamente en relación al gabinete como lo sostiene la testigo de la acusación Laura Constanza Rojas, porque con suficiencia se ha explicado que la misma comprende el expendedor de las características referidas en el acápite de las reivindicaciones, cuyas diferencias con el elaborado por el acusado no lo erigen en un nuevo modelo de utilidad en cuanto los ajustes efectuados en nada variaron su funcionalidad. Ambos cumplen la misma: “*dosificar crema dental*”, a través del mismo sistema valvular que se encuentra en igual orden de ensamble, donde las piezas desarrollan, se insiste, la misma función.

(...)

5.3.10. Entonces hasta aquí es claro que esa conducta de utilizar en abierta oposición a lo deducido por el juez de instancia estuvo seguida del calificativo fraudulentamente, lo que igual deja en evidencia la actuación dolosa del acusado, pues de las prueba de la acusación meridianamente surge que conocía que el señor Gabriel Carrillo confeccionaba el expendedor, puesto que laboró para él y se conocían en virtud de parentesco de sus esposas (hermanas).

No obstante, sin sujeción a las normas legales correspondientes y careciendo de la autorización conforme lo dispone el artículo 306 del Código Penal dirigió su voluntad a fabricar un expendedor valvular para crema dental, igual al patentado por el señor Gabriel Carrillo Villa y ofrecerlo en venta a sabiendas de la ilicitud de su comportamiento, desconociendo por completo el derecho de propiedad industrial otorgado al denunciante.

Resta indicar en este punto que la solicitud de la patente de modelo de utilidad le fue negada porque de la misma ya era titular la víctima, lo que le permitió actualizar el dolo de su comportamiento, así la defensa soterradamente quiera hacer ver que su cliente no sabía de la elaboración por parte de Carrillo Villa y que se trata de un nuevo modelo de utilidad.

En esas condiciones, la Sala luego de valorar las pruebas de cargo y descargo en conjunto, arriba al conocimiento más allá de toda duda que el acusado es el autor responsable de los delitos de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtenedores de variedades vegetales en concurso heterogéneo con uso ilegítimo de patente, contrario a lo aseverado por el juez de instancia.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000013200709008 01 (04-07-12) PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL – No lo vulnera el hecho que sea el juez de primera instancia quien reciba la sustentación de la alzada - Inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 90 de la Ley 1395 de 2011 que modifico el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, sobre trámite del recurso

**de apelación de providencias interlocutorias / PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN –
No opera para frente a la sustentación de recursos.**

“Revisadas las normas en comento claramente se observa que inicialmente el querer del legislador era que la sustentación del recurso se efectuara directamente ante el juez o magistrado que fungía como segunda instancia y luego con la emisión de la disposición respecto de la que se demanda la inaplicación por la excepción de inconstitucionalidad, producto de la expresión del poder de configuración del legislador, se produjo un cambio sustancial frente al trámite del recurso de apelación; norma que los operadores jurídicos estamos obligados a aplicar en consideración a que no mengua el orden constitucional como al parecer lo considera el recurrente.

El poder de configuración del legislador indefectiblemente lo faculta para efectuar modificaciones como acontece con la disposición en comento, cuyos efectos se ven reflejados en el trámite del recurso de apelación, pues inicialmente contempló que la sustentación se hiciera ante el juez encargado de dirimir el recurso de apelación y posteriormente, en la respectiva audiencia de instancia.

El no compartirse dicha variación, considera la Sala que no es argumento suficiente para deprecar la excepción de inconstitucionalidad, pues tal modificación en nada afecta el principio del juez natural como parte del debido proceso en la medida que no se está cambiando al funcionario que debe juzgar, sino que sencillamente para descongestionar los despachos judiciales se consideró oportuno que la sustentación del recurso se hiciera en la audiencia en que se produce la decisión cuestionada, en el caso de los autos; sin que imperativo resulte que también se debe sustentar ante la segunda instancia.

Tópico que solo tiene incidencia en la forma en que ha de surtirse la actuación, concretamente, la interposición y sustentación de los recursos, destacándose la oralidad como principio rector, el que en nada se afecta cuando la sustentación se hace ante el juez de instancia, pues los argumentos vertidos por quienes se encuentren en desavenencia con la providencia son condensados en un medio técnico que posteriormente sirve de instrumento de conocimiento precisamente para desatar las impugnaciones y donde la segunda instancia podrá apreciar los motivos de disenso y su fundamentación.

De ningún manera puede confundirse el principio de inmediación de la prueba en el sistema penal acusatorio, con la instancia ante la cual se sustenta el recurso, pues la primera hipótesis tiene que ver con el juez que preside la actividad probatoria y la segunda, con el juez que recepciona los argumentos materia de inconformidad que luego son analizados por el funcionario judicial en quien se ha radicado la competencia para resolver el recurso de apelación contra autos ora respecto de sentencias.

El que sea el juez de instancia quien reciba la sustentación de la alzada no vulnera el principio del juez natural porque tal circunstancia no incide en la apreciación de los argumentos por la segunda instancia quien podrá observar en los videos lo acontecido en la audiencia y en tales condiciones, estará en posibilidad de aprehenderlos, porque en este punto específico ningún papel juega lo referente a la afectación de la memoria, o a la inmediación frente al proponente.

El querer del legislador al expedir la Ley 1395 de 2010 fue descongestionar los despachos judiciales y de permitirse que los recurrentes acudan a esta instancia a sustentar el recurso sería desconocer flagrantemente una norma que se encuentra ajustada a la Constitución Nacional, pues las diferentes opiniones o interpretaciones que se suscitan y los efectos que se le asignan, no se imponen

sobre el imperio de la ley a que estamos sometidos los funcionarios judiciales en las providencias, claro está, siempre y cuando esta no se torne contradictoria con la norma superior, pues en ese caso, resulta un imperativo determinar cuál prevalece, ante la afectación de un precepto constitucional; aspecto que no se evidencia, por ahora.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora