



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 19 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1.1
Sala Civil**

“A PROPÓSITO DEL PAGO IRREGULAR DE CHEQUES, EL LEGISLADOR ESTABLECIÓ DOS REGÍMENES SUSTANCIALMENTE DIFERENTES, A SABER: EL PRIMERO, PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 732 Y 1391 DEL C. DE CO., TIENE COMO PRESUPUESTOS QUE SE TRATE DE UN CHEQUE FALSO O CUYA CANTIDAD SE HAYA AUMENTADO O ALTERADO, EVENTOS EN LOS CUALES SE PRESUME QUE EL BANCO ES RESPONSABLE, A MENOS QUE EL LIBRADOR HAYA DADO LUGAR A UNO DE TALES HECHOS POR SU CULPA O LA DE SUS DEPENDIENTES, O DEJADO DE NOTIFICAR AL BANCO SOBRE LA FALSEDAD O ADULTERACIÓN, DENTRO DE LOS SEIS MESES SIGUIENTES A LA FECHA EN QUE TUVO NOTICIA DEL PAGO; EL SEGUNDO, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 733 DE LA MISMA CODIFICACIÓN, TIENE COMO DETONANTE QUE EL CHEQUE HUBIERE SIDO EMITIDO EN UN FORMULARIO EXTRAVIADO O PERDIDO POR EL DUEÑO DE LA CHEQUERA, CASO EN EL CUAL SE PRESUME LA RESPONSABILIDAD DEL CUENTACORRENTISTA, SALVO QUE LA ALTERACIÓN O FALSIFICACIÓN FUEREN NOTORIAS, O QUE AQUEL HUBIERE DADO INFORME OPORTUNO DE LA PÉRDIDA Y EL BANCO, PESE A ÉL, HAYA PAGADO LOS CHEQUES. (...)

Problema Jurídico a resolver:

Debe la Sala determinar si existe la responsabilidad por parte de la entidad bancaria.

a) Demanda:

El señor Luis Alirio Rodríguez llamó a proceso ordinario al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. “BBVA”, para que se declare la existencia de los contratos de cuenta corriente celebrados bajo los números 418004016 y 023000169, así como su incumplimiento por la sociedad demandada, a quien debía condenársele a pagar, a título de daño emergente, la suma de \$160'655.900,00, y por lucro cesante \$70'000.000,00, en ambos casos con intereses moratorios.

b) Hechos:

Para sustentar sus pretensiones, el demandante adujo que entre las partes fueron celebrados dos contratos de cuentacorrente bancaria, en las que sólo él podía girar cheques, tras lo cual añadió que el 24 de abril de 2008 le fue desembolsado a la cuenta No. 023000169, un préstamo que le hizo el Banco por \$108'082.162,33.

A continuación señaló que de la cuenta 418004016 se extraviaron los cheques Nos. 0000464, 0000465, 0000466, 0000467 y 0000468, mientras que de la cuenta 023000169 se perdieron y cobraron los cheques Nos. 0000973, 0000975, 0000976, 0000977, 00001020, 00001022, 00001023, 00001025, 00001026, 00001027, 00001028, por un valor total de \$120'655.000,00, títulos éstos que se cobraron, consignaron, endosaron y tuvieron toda clase de tráfico en el término de dos días hábiles (29 y 30 de abril de 2008), sin que esa situación le hubiere generado sospecha de irregularidad al Banco, quien no confirmó las diversas y extrañas transacciones, máxime si el demandante nunca, durante el tiempo que llevaba como cuentacorrentista, había movido tan grandes sumas de dinero y menos en tan pocos días.

De otra parte, sostuvo que luego de observar la ausencia de los cheques aludidos, confirmó que el saldo de su cuenta había disminuido en una suma superior a \$100'000.000,00, por lo que de manera inmediata procedió a dar orden de no pago, a presentar la denuncia respectiva, y a informar por escrito el 2 de mayo de 2008.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La juzgadora de primer grado negó las pretensiones porque el demandante sólo avisó al Banco de la pérdida de los formularios con posterioridad a su pago (dos días después de la emisión), a lo que añadió que el demandante fue negligente en el manejo de sus negocios, amén de que no demostró que la firma y sello impuestos en los cheques eran notoriamente falsos, lo que eximía a la demandada de toda responsabilidad.

La parte demandante adujo que el juez de primera instancia desconoció las pruebas aportadas y no practicó la prueba trasladada que solicitó, todas ellas dirigidas a demostrar que el Banco no cumplió con su deber de custodiar los dineros que había depositado, máxime si se considera que tenía los nombres y los números de las cuentas en los que se consignaron la mayoría de los cheques adulterados, a lo que agregó que tampoco realizó gestión alguna para indagar la razón de ser de esas consignaciones, como tampoco bloqueó, tan pronto recibió noticia, las cuentas bancarias de los terceros a quienes se les consignó el dinero que estaba bajo custodia del Banco, quedando clara la responsabilidad de la entidad bancaria.

(...)

c) Consideraciones:

A propósito del pago irregular de cheques, el legislador estableció dos regímenes sustancialmente diferentes, a saber: el primero, previsto en los

artículos 732 y 1391 del C. de Co., tiene como presupuestos que se trate de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado o alterado, eventos en los cuales se presume que el banco es responsable, a menos que el librador haya dado lugar a uno de tales hechos por su culpa o la de sus dependientes, o dejado de notificar al banco sobre la falsedad o adulteración, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que tuvo noticia del pago; el segundo, consagrado en el artículo 733 de la misma codificación, tiene como detonante que el cheque hubiere sido emitido en un formulario extraviado o perdido por el dueño de la chequera, caso en el cual se presume la responsabilidad del cuentacorrentista, salvo que la alteración o falsificación fueren notorias, o que aquel hubiere dado informe oportuno de la pérdida y el banco, pese a él, haya pagado los cheques.

En esta segunda hipótesis, que es la que interesa para la definición del litigio, puesto que desde la misma demanda —y en su interrogatorio de parte— el señor Rodríguez aceptó que los formularios de cheques de cuyo pago se duele se traspapelaron en su poder, la presunción de culpa del dueño de la chequera tiene como fundamento que es él, y no el establecimiento bancario, quien tiene el deber de custodiar el correspondiente talonario que le fue entregado por el banco para que girara con cargo a los recursos depositados en la cuenta.

Sobre el particular precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 8 de septiembre de 2003 (exp.: No. 6909), que,

“... Aunque dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación - , como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la “pérdida”, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de mencionar.

“Evidentemente, en esta especial circunstancia, el dueño de la chequera, que no es otro que el cuentacorrentista, según voces de los artículos 714 y 1382 ibídem, “ que hubiere perdido uno o más formularios”, deberá avisar sobre dicho suceso a fin de que el banco se abstenga de hacerlos efectivos, porque de lo contrario, es decir, si no da noticia del hecho irregular o si lo hace de modo extemporáneo, la objeción por su pago sólo tendrá cabida si “la alteración o la falsificación fueren notorias”.

“Pronto se avista así cómo a partir de un supuesto fáctico singular, esto es, el de la “pérdida” de uno o varios formularios de cheque, se modifica la forma como habrán de endilgarse los efectos derivados del pago de los mismos ilegítimamente diligenciados, puesto que tal hipótesis se sustrae de la regla general de responsabilidad a cargo del banco establecida, según se vio, en los artículos 732 y 1391 del C. de Co.

“Efecto de lo anterior es que sin importar cuál haya sido la conducta del cuentacorrentista en el cuidado del talonario, él será el llamado a soportar las secuelas de su pérdida, de suerte que el banco sólo asumirá el resultado del pago del

cheque apócrifo previamente perdido por el cuentacorrentista si éste lo enteró tempestivamente del hecho de la pérdida, o si la falsedad es cuestión notoria.”

Le correspondía, entonces, al señor Rodríguez la ingente carga de probar uno de los dos motivos para desvirtuar su responsabilidad y afirmar la del banco demandado, esto es, que le avisó del extravío antes de su pago, o que la falsificación de su firma es notoria.

En cuanto a lo primero, es un hecho admitido que el Banco BBVA Colombia S.A. fue enterado después del pago, al punto que en el hecho 11º de la demanda el señor Rodríguez reconoció que tras notar la falta de los formularios, confirmó que el saldo de su cuenta había disminuido en una suma superior a \$100'000.000,00, tras lo cual dio orden de no pago de los cheques, que materializó por escrito el 2 de mayo de 2008.

Desde luego que esa orden de no pago fue extemporánea, puesto que los títulos ya habían sido descargados. Esa directriz, si se quiere, tuvo efecto frente a otros formularios perdidos, también reseñados en la demanda.

Sobre este específico tema dijo la Corte en la sentencia aludida, que

“Ha de precisarse que el aviso previsto por el artículo 733 del Código de Comercio, referido como se viene diciendo a la pérdida o extravío de los esqueletos de cheques, sólo será oportuno si el banco lo recibe con antelación al pago del título, como quiera que tiene el propósito de prevenir que se haga efectivo el derecho que anormalmente se ha incorporado en el instrumento”.

Luego no se configura esa singular hipótesis de responsabilidad bancaria.

Por lo que concierne a la notoriedad de la falsedad, aunque el demandante, en su interrogatorio de parte, señaló que la firma que aparece en los cheques no se parece a la suya (“para nada”; fl. 182, cdno. 1), esa sola afirmación es insuficiente para considerar probado ese hecho, pues es asunto averiguado que nadie tiene el privilegio de hacer prueba con su dicho, como tantas veces lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹.

No se trata, desde luego, de cualquier falsedad, sino de aquella que es burda, tosca o, como dice la ley, notoria, por lo que puede ser detectada a ojo de buen cajero. El insumo de esa excepción no es la falsedad propiamente dicha, puesto que ella se entiende configurada. Lo realmente importante es que la falsificación sea evidente, palmaria, ostensible, habida cuenta que el banco, al momento de recibir un cheque para su pago, no está obligado a realizar un dictamen grafológico con el fin de establecer si efectivamente la signatura puesta en el título corresponde a la del cuentacorrentista o a la de una persona autorizada por él para librar el instrumento negociable.

¹ Cas. civ. de 12 de febrero de 1980: “Es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba”.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de 31 de julio de 2001 (Exp.: 5831), que,

“Si la **notoriedad** es la evidencia clara de una cosa, ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minúsculos que solo logran advertirse con ayudas técnicas o conocimientos. De allí que cuando lo que ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlos de tales procedimientos, deja de serlo”.

Es por ello por lo que el demandante no puede limitar su actividad probatoria a demostrar, con dictámenes grafológicos, que la firma es falsa. En cierto modo, la falsedad no se disputa; lo que se controvierte es la notoriedad de la alteración. Más aún, la firma puede ser evidentemente falsa para un perito y no serlo a simple vista, puesto que a un cajero no se le exige que sea experto grafólogo.

Así las cosas, se impone concluir que en el expediente no existe prueba de que la firma que aparece en los cheques Nos. 973, 975, 976, 977, 1020, 1022, 1023, 1025, 1026, 1027 y 1028, como perteneciente al señor Luis Alirio Rodríguez, sea notoriamente falsa. Y aunque, se insiste, esa condición de evidente debe apreciarse desde la perspectiva de un empleado bancario (cajero) con experiencia y aplicación en el tema del pago de cheques, el sólo contraste de la firma del demandante que aparece en el poder y en las actas que obran a folios 157 y 182, con la que figura en los títulos, no permite afirmar la notoriedad.

Por supuesto que la responsabilidad del banco no se puede sostener sobre la base de exigirle ciertos deberes de conducta que debió atender con anterioridad al pago de los cheques, como la consulta telefónica previa con el cuentacorrentista para verificar la operación, o la revisión del comportamiento de la cuenta corriente, como lo sugiere el demandante, puesto que, por ley, al establecimiento bancario le basta comprobar que la firma del emisor del título coincida con la registrada, establecer la corrección del formulario y su adecuado diligenciamiento y, claro está, la legitimación del tenedor.

Pero sea lo que fuere, el proceso tampoco da cuenta de que la emisión de los cheques en tan corto plazo fue una situación extraordinaria en el manejo de la cuenta por parte del señor Rodríguez. Tampoco suministra evidencia de que el banco, previamente y de manera periódica, consultaba telefónicamente la regularidad de los cheques que se le presentaban para su pago, por lo que no es posible sostener la pretensión en estos otros argumentos.

Se impone, entonces, confirmar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas” (...).

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 732, 733, 1382 Y 1391 del C. de Co.

: Sentencia de 8 de septiembre de 2003 Ex. 6909

: Sentencia de 31 de julio de 2001 Exp. 5831

FECHA

: 2012-07-03

PROCESO

: ORDINARIO

PONENTE : Dr. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
DEMANDANTE : LUIS ALIRIO RODRÍGUEZ
DEMANDADO : BBVA COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN : 038200900049 01

1.1.2

“TÉNGASE EN CUENTA QUE EL ACTO DESLEAL AL QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 8º DE LA LEY 256 DE 1996, NO SOLO ES OBJETIVO SINO TAMBIÉN DE MERA CONDUCTA, EN CIERTO MODO PELIGROSISTA, POR LO QUE NO ES NECESARIO QUE SE PRODUZCA UN RESULTADO; BASTA QUE EL COMPORTAMIENTO DESPLEGADO “TENGA COMO OBJETO”, DIRECTO O INDIRECTO, DESVIAR LA CLIENTELA DE LA ACTIVIDAD.. (...)”

Problema Jurídico a resolver:

Debe la Sala determinar si con los actos de competencia desleal realizados por la sociedad demandada le ocasionó un perjuicio real y cierto a la sociedad demandante.

a) Demanda:

El Grupo Empresarial P&P SAS convocó a proceso abreviado a Inversiones Rojas Parada SAS, para que se declare que incurrió en actos de competencia desleal por desviación de su clientela, desorganización, confusión, engaño e inducción a la ruptura contractual, por lo que pidió ordenarle que se abstenga de continuar realizando esas conductas, así como remover los efectos producidos por ellas, y condenarla al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados, los cuales estimó en la suma de \$180'000.000,00, los primeros, y en \$450'000.000,00, los segundos.

b) Hechos:

Como soporte de sus pretensiones, la demandante manifestó que por escritura pública No. 1766 de 24 de julio de 2006, otorgada en la Notaría 40 de Bogotá, se constituyó la sociedad denominada Inversiones Odontológicas Family Ltda., constituida por los señores Ilse Olivia Puerto Morales, Raquel Angélica Parada Caballero, Juan Pablo Rojas Moreno e Ignacio Pinto Hurtado, cuyo objeto social principal era la prestación de los servicios de salud en todos los campos y la creación de clínicas odontológicas con ese propósito. Dicha sociedad giró bajo el nombre comercial y la marca Odontofamily, registrados previamente por el socio Juan Pablo Rojas Moreno.

Relató luego que el 21 de marzo de 2007 los aludidos socios decidieron no continuar con esa sociedad, por lo que se dividieron las diez clínicas que para ese momento funcionaban, correspondiéndole a Juan Pablo Rojas Moreno y Angélica Parada Caballero las ubicadas en Fontibon, Restrepo II, Suba Campiña, Restrepo I y Galerías, mientras que a Ilse Olivia Puerto e Ignacio Pinto Hurtado las localizadas en Fontibon II, Salitre, Quirigua, Suba Portal y Chapinero, todas ellas identificadas con el nombre Odontofamily, debidamente equipadas –incluidas las bases de datos de sus clientes (pacientes)- y

acreditadas. Por tal razón, celebraron un contrato de transacción el 10 de julio de 2007 en virtud del cual se comprometieron a seguir atendiendo a los usuarios de cada una de las clínicas.

Agregó que la sociedad demandada viene realizando maniobras tendientes a eliminar la competencia, a través de una estrategia dirigida a desinformar a los actuales y potenciales pacientes de Citydent –nombre que se le dio a las clínicas, porque el de Odontofamily quedó de propiedad del señor Rojas-, a quienes les ha suministrado información falsa, incorrecta, engañosa y denigratoria sobre las características y calidades del servicio. De la misma manera, la sociedad demandada ha abierto clínicas odontológicas con este último nombre; contratado personal que había sido asignado a la demandante; realizado publicidad a través de perifoneo y distribución de volantes para señalar que “No se deje confundir solo hay un Odontofamily, no se deje confundir, no cambiamos de nombre”; expresado frases engañosas y falsas de la señora Puerto y de las clínicas Citydent; inducido a varios clientes a retirar sus historias clínicas para contratar con ellos; ha descalificado el servicio de salud prestado por Citydent, al decir que los profesionales que trabajan allí no son graduados, y ha constreñido a sus pacientes, mediante el reparto de volantes, para que no entren a sus establecimientos (por lo cual ha tenido que pedir la intervención de la policía), entre otros.

La Superintendencia de Industria y Comercio declaró que Inversiones Rojas Parada SAS incurrió en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996, por lo que le ordenó que se abstenga de publicitar sus servicios, de manera invasiva, dentro de los establecimientos de comercio de la demandante y que modificara el contenido del mensaje que difunde a través de perifoneo en el barrio Quirigua, en el sentido de eliminar las expresiones “no se confunda ni se deje confundir” y “no tenemos sucursales en el sector, ni cambiamos de nombre”, así como abstenerse de divulgar directa o indirectamente a los pacientes que se hubieran realizado tratamientos en las clínicas de la demandante, aseveraciones falsas acerca de la idoneidad de los procedimientos realizados por los profesionales de las clínicas de la actora. Las demás pretensiones, incluida la indemnizatoria, fueron denegadas.

Para el juez de primer grado, los actos reprochados son contrarios a las sanas costumbres y a los usos honestos del comercio, por lo que se configuraron las conductas de competencia desleal a las que se refieren esas disposiciones. Añadió que, por el contrario, no hubo confusión, dado que esos comportamientos permitían diferenciar las clínicas; tampoco se presentaron eventos de desorganización, porque las pruebas permitieron evidenciar que el retiro de las trabajadoras afectó sensiblemente el desarrollo de la actividad mercantil; menos aun se indujo a la ruptura contractual, porque las odontólogas declararon que su renuncia respondió a su propia voluntad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Para el juez de primer grado, los actos reprochados son contrarios a las sanas costumbres y a los usos honestos del comercio, por lo que se configuraron las

conductas de competencia desleal a las que se refieren esas disposiciones. Añadió que, por el contrario, no hubo confusión, dado que esos comportamientos permitían diferenciar las clínicas; tampoco se presentaron eventos de desorganización, porque las pruebas permitieron evidenciar que el retiro de las trabajadoras afectó sensiblemente el desarrollo de la actividad mercantil; menos aun se indujo a la ruptura contractual, porque las odontólogas declararon que su renuncia respondió a su propia voluntad.

La parte demandante apeló la decisión de no reconocer que se presentaron las conductas desleales de desviación de clientela e inducción a la ruptura contractual, lo mismo que la negativa a imponer condena por concepto de perjuicios, cuya revocatoria pidió porque si la demandada, a través de su publicidad –como lo reconoció el juez de primer grado-, incurrió en actos de descrédito para que los pacientes se trasladaran de Citydent a Odontofamily, necesariamente cometió un acto de desviación de clientela.
(...)

c) Consideraciones:

Dado que la parte demandada no apeló la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, pese a que le fue contraria por haber reconocido que Inversiones Rojas Parada SAS incurrió en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996, la decisión del Tribunal se circunscribirá, por mandato del artículo 357 del C.P.C., a examinar las pretensiones de la sociedad demandante –único recurrente- que no fueron acogidas por el juzgador del primer grado, mas concretamente a determinar (a ello se limitó la sustentación) si la demandada también incurrió en los actos desleales a los que se refieren los artículos 8º (desviación de clientela), 9º (desorganización) y 17º (ruptura contractual) de la referida normatividad, y si hay lugar a reconocer los perjuicios solicitados.

Como a tales súplicas circunscribió su apelación el Grupo Empresarial P&P SAS, a ellas se concreta la Sala.

Hecha esta precisión, es útil recordar que la sociedad demandada incurrió en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7º y 12º de la Ley 256 de 1996, como quedó señalado, puesto que, de una parte, empleó un mecanismo de publicidad de carácter invasivo y contrario a las sanas costumbres –por lo mismo violatorio de la cláusula general prevista en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996- , y de la otra, a través de esa misma publicidad, transmitió indicaciones inexactas sobre su competidor, que pretendían desacreditar la actividad que desarrollaba en uno de sus establecimientos de comercio –actos de descrédito desaprobados por el artículo 12 por dicha Ley-. Así lo concluyó la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que la sociedad demandada disputara su decisión. (...)

En efecto, establece el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, que “se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos,

siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”, comportamiento ése que no necesariamente excluye la configuración de otras hipótesis de actos desleales, puesto que, por vía de ejemplo, los actos de confusión (art. 10), de engaño (art. 11), de descrédito (art. 12), de comparación (art. 13), de imitación (art. 14), de explotación de la reputación ajena (art. 15) y de violación de secretos industriales o empresariales (art. 16), necesariamente repercute en la prohibición general de actos de competencia desleal (art. 7) y en la de todo comportamiento que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de un competidor (art. 8).

Con otras palabras, como el legislador se apoya en cláusulas generales, por lo mismo anchurosas, elásticas y adaptables, para prever los actos de competencia desleal, sin perjuicio de previsiones puntuales de ciertas conductas contrarias a las sanas costumbres mercantiles, a la buena fe comercial y a los usos honestos en la materia, no puede decirse que existe plena autonomía en cada una de las conductas contempladas en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996, puesto que, en estrictez, la incursión en una cualquiera de ellas es igualmente violación de la prohibición general de actos de competencia desleal (art. 7). Por lo mismo, la persona que, por vía de ejemplo, explota la reputación ajena (art. 15), parejamente incurre en una conducta que incide en la clientela de la actividad (art. 8).

Así lo había puntualizado esta Sala en ocasión anterior, al señalar que “cuando un participante en el mercado incurre en uno cualquiera de los comportamientos previstos en los artículos 8° a 19 de la ley en cuestión, necesariamente viola la prohibición general de incurrir en actos de competencia desleal”². De igual manera el Tribunal, en otra de sus Salas, señaló que,

“Esta norma [art. 7 de la Ley 256/96] contiene una cláusula general de competencia que establece en forma categórica e imperativa la prohibición de incurrir en actos de competencia desleal, lo cual sucede cuando un participante en el mercado incumple con su deber de respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial

“El artículo 7 no distingue qué faltas al principio de la buena fe comercial, a las sanas costumbres o a los usos honestos son constitutivas de competencia desleal, sino que ordena que ese deber de respeto lo deben seguir en todas sus actuaciones los participantes en el mercado.

“Ahora bien, el art. 7 es una norma de carácter general prohibitiva, en tanto que las conductas señaladas en los numerales 8 a 19 son enunciativas de competencia desleal, aquella es una norma que contiene la noción de competencia desleal, noción que “se irradia y se encuentra incursa en la esencia de todos los casos que contemplan los artículos 8 a 19, siendo apenas obvio, por no decir necesario, que cada vez que se infrinja una de esas disposiciones, se infrinja también el artículo 7, sin que haya una sola norma que impida que se apliquen simultáneamente las dos disposiciones que se consideran transgredidas, si así lo solicita el accionante. Es de

² Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de septiembre de 2011; Exp.: 01200625581 01

anotar que en estos casos no prima la aplicación de la norma especial sobre la general, pues para que dicho principio de aplicación de la ley sea operante, se requiere que las disposiciones sean incompatibles entre sí³, lo cual no sucede en el caso de la ley 256 de 1.996, pues nada impide que una actuación infrinja una de las conductas previstas por los artículos 8 a 19 y a su vez sea contraria a la buena fe comercial.”⁴

Por consiguiente, la publicidad difundida por la sociedad demandada a través de perifoneo en el barrio Quirigua, en la que señalaba, refiriéndose al establecimiento de la sociedad demandante, “no se confunda, ni se deje confundir en el barrio Quirigua solo hay una clínica odontológica Odontofamily, no tenemos sucursales en el sector ni cambiamos de nombre” (fl. 49,cdno. 1), no sólo configuró un acto de descrédito, sino que, al propio tiempo, constituyó una conducta que tuvo por objeto desviar la clientela del Grupo Empresarial P&P SAS, máxime si se considera el contexto en el que ese comportamiento se desarrolló, justo después de la disolución de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda., que dio lugar a la repartición entre los cuatro socios de los establecimientos en los que se prestaba el servicio, de la transacción que ellos celebraron y del cambio de nombre –por Citydent- de los establecimientos que le correspondieron a los señores Puerto y Pinto (arts. 9 a 40 y 43 a 49, cdno. 1)

Téngase en cuenta que el acto desleal al que se refiere el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, no solo es objetivo sino también de mera conducta, en cierto modo peligrosista, por lo que no es necesario que se produzca un resultado; basta que el comportamiento desplegado “tenga como objeto”, directo o indirecto, desviar la clientela de la actividad.

Así las cosas, se revocará –en este punto- la sentencia impugnada.

No ocurre lo mismo en lo que concierne a la supuesta incursión en actos desleales de desorganización o de inducción a la ruptura contractual (Ley 256 de 1996, arts. 9 y 17), puesto que no existe prueba de ellos.

En efecto, en cuanto al primero, si bien es cierto que el dictamen pericial probó que el Grupo Empresarial P&P SAS presentó un retiro de 42 empleados en el periodo comprendido entre septiembre de 2007 y junio de 2008, no lo es menos que el proceso no cuenta con pruebas que permitan afirmar, más allá de toda duda, que esos trabajadores renunciaron por ingerencia directa o indirecta de la sociedad Inversiones Rojas Parada SAS.

Puestas de este modo las cosas, como no fueron probadas las conductas previstas en los artículos 9 y 17 de la Ley 256 de 1996, fue correcta la decisión que adoptó la Superintendencia de Industria y Comercio

³ Ley 57 de 1887, artículo 5.

⁴ Sentencia de 8 de abril de 2011, expediente No. 110013199001200431702 01, M.P. Liana Aida Lizarazo

En lo que atañe a la pretensión indemnizatoria, también se confirmará la decisión desestimatoria, puesto que la parte demandante incumplió la carga que le imponía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que omitió demostrar que con los actos de competencia desleal realizados por Inversiones Rojas Parada SAS se le ocasionó un perjuicio real y cierto.

Precisamente sobre la referida carga probatoria, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuanto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración” (LVIII, pág. 113).

Desde esa perspectiva, aunque está fuera de discusión que uno de los principios que informa la reparación del daño es el de la equidad, tampoco puede disputarse que so pretexto de él no puede el juzgador desconocer que solo es indemnizable el perjuicio cierto que, además, se haya producido como consecuencia de la conducta ilícita cometida por el demandado. No hay aquí lugar para las hipótesis o las conjeturas. Cosa distinta es que la víctima pruebe el daño, pero no logre precisar –sería lo recomendable- su valor, evento en el cual puede el juez concretar esa cuantía con miramiento en la equidad, como lo ha hecho la Corte en varios casos, algunos de ellos citados por el recurrente.

Por tanto, pese a que es cierto que la sociedad demandada concurrió ilegalmente al mercado en el que competía con la demandante, que desarrolló publicidad de descrédito y actos que tenían como propósito desviarle su clientela, no lo es menos que no se demostraron los perjuicios concretos que esos comportamientos habrían ocasionado. Por lo demás, téngase en cuenta que “la ocurrencia de un acto de competencia desleal no supone, *per se*, que se le irroque un perjuicio material a todos y cada uno de los participantes del respectivo mercado”⁵.

Resta decir que los perjuicios morales tampoco fueron probados, siendo claro que no se presumen, ni es suficiente la simple afirmación de la parte demandante, pues “con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que

⁵ Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 28 de septiembre de 2011; Exp.: 01200625581 01

‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez (Sent. de 12 de febrero de 1980)”⁶.

Se concluye, entonces, que la sentencia debe ser confirmada, con la sola modificación de su numeral tercero, para precisar que la sociedad demandada si incurrió en desviación de clientela.” (...).

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 7al 19 de La ley 256 de 1996
	: ARTÍCULO 5° LEY 57 DE 1887
	: ARTÍCULOS 175 y 357 DEL C.P.C.
	: Sentencia de Cas. Civ. De 9 de noviembre de 1993 G.J. CCXXV, pág.405
	: Sentencia de 28 de septiembre de 2011 Exp. 200625581 01
	: Sentencia de 8 de abril de 2011 Exp. 200431702 01 M.P. Liana
	: Aida Lizarazo Vaca T.S.B Sala Civil
FECHA	: 2012-08-01
PROCESO	: ABREVIADO
PONENTE	: Dr. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
DEMANDANTE	: SOCIEDAD GRUPO EMPRESARIAL P&P SAS
DEMANDADO	: SOCIEDAD INVERSIONES ROJAS PARADA SAS
RADICACIÓN	: 001200868092 01

1.2. 1

Sala de Familia

EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER por la Sala se centra en verificar si estamos frente al fenómeno de la prescripción de los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho que nos ocupa.

“LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA UNIÓN MARITAL, SE REITERA, ESTÁN LIMITADOS EN EL TIEMPO POR LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 8° DE LA LEY 54 DE 1990, SEGÚN EL CUAL “LAS ACCIONES PARA OBTENER LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES PRESCRIBEN EN UN AÑO A PARTIR DE LA SEPARACIÓN FÍSICA Y DEFINITIVA DE LOS COMPAÑEROS (...)”, PRESCRIPCIÓN QUE SE INTERRUMPE CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

a) La Demanda

⁶ Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pág. 405”.

La señora HILDA LEONOR RODRÍGUEZ WILCHES, obrando mediante apoderado judicial presenta demanda en contra del señor JOSÉ SALVADOR HUERTAS SANABRIA, para que por los trámites del proceso ordinario, se declare que entre ellos existió unión marital de hecho entre compañeros permanentes desde el 15 de junio de 1984 hasta el 30 de agosto de 2009, y consecuentemente, se conformó sociedad patrimonial.

b) Los Hechos

Que la señora HILDA LEONOR RODRÍGUEZ WILCHES y JOSÉ SALVADOR HUERTAS, nunca contrajeron matrimonio, ni existe ningún impedimento legal para contraer matrimonio.

Que la demandante señora HILDA LEONOR RODRÍGUEZ WILCHES y el señor JOSÉ SALVADOR HUERTAS SANABRIA, iniciaron una unión marital de hecho, estable, permanente y singular del 15 de junio de 1984 hasta el 30 de agosto de 2009, es decir por un lapso de tiempo superior a los 25 años.

Hasta la fecha de presentación de la demanda la señora HILDA LEONOR RODRÍGUEZ WILCHES y su hijo, no han podido regresar a su hogar, y aún tienen sus pertenencias en la casa, que adquirieron con el producto de su trabajo.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Catorce de Familia de esta ciudad y una vez subsanada, fue admitida por auto de quince (15) de marzo de dos mil diez (2010), en el que se ordenó notificar al demandado y correrle traslado por el término de 20 días para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

El demandado se notificó personalmente el día 25 de abril de 2011, a través de apoderado y dentro del término legal le dio contestación a la misma oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó como cierto el quinto, no ser ciertos el segundo y tercero, parcialmente cierto el cuarto y que los restantes debían probarse.

Así mismo propuso excepciones de mérito que denominó:

- Prescripción extintiva de la acción
Toda vez que la demandante dejó que excediera el tiempo para incoar la acción, al no instaurar la demanda dentro del año siguiente a la separación física y definitiva la cual se produjo en el mes de mayo de 2008, la demanda fue instaurada el día 18 de diciembre de 2009 y admitida el día 15 de marzo de 2010.
- Ausencia de veracidad en algunos hechos de la demanda.

Los planteamientos citados por la señora demandante a fin de lograr su cometido, no están soportados en la verdad, como quiera que existen contradicciones en cada uno de sus planteamientos. Tales como la fecha de separación física y definitiva, el que la convivencia era permanente, entre otros. (...)

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Tercero de Familia de Descongestión de esta ciudad, profirió sentencia el veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2012), en la que entre otras determinaciones, declaró la existencia de unión marital de hecho entre demandante y demandado, desde el 30 de junio de 1992 hasta el mes de agosto 29 del año 2009, declara probada la excepción de mérito de prescripción propuesta por la parte demandada, niega la declaración de la sociedad patrimonial demandada, ordena la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento de los compañeros y en el libro de varios, condena en costas a las partes en un 50% y no señala agencias en derecho por encontrarse compensadas.

Inconforme con la decisión contenida en los numerales tercero y cuarto de la sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido por el juzgador de primer grado mediante auto del diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).
(...)

c) Consideraciones

La Ley 54 de 1990, consagra la unión marital de hecho como otra institución familiar que dentro de sus características específicas, produce todos los efectos jurídicos que en derecho le corresponden. En toda su extensión la Ley no sólo se ocupa en denominar esta clase de uniones, sino que se refiere a su naturaleza, características, elementos y efectos patrimoniales.

Concebida legalmente la unión marital de hecho como una unión diferente a la que nace por el hecho del matrimonio; se determina como la que surge entre los compañeros con fines maritales de ayuda mutua, que conforma una comunidad de vida permanente y singular.

Tiene su naturaleza, en la voluntad de la pareja que se une con el fin de formar una comunidad doméstica reconocida en el artículo 1º de la mencionada ley, que le dio licitud a esas uniones de hecho "singulares" e individualmente consideradas.

En cuanto a los efectos personales que se derivan de la unión marital de hecho, debe tenerse presente, que el vínculo marital de hecho está condicionado a la existencia de la comunidad de vida; por eso no puede hablarse de "unión marital de hecho", respecto de un vínculo marital de dos compañeros que no hagan vida en común, circunstancia que lo diferencia del matrimonio, donde puede ser posible la existencia de éste, sin comunidad de vida, porque, allí los cónyuges se

unen por el hecho del vínculo matrimonial, independiente de la comunidad doméstica.

Es así como el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 establece:

“A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular.”

En relación con los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho, el artículo 2º Ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005, consagra lo siguiente:

*“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:
a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho. (...)”*

Ahora bien se procede a resolver el punto de controversia, esto es la prescripción decretada, respecto de la sociedad patrimonial.

El fenómeno de la prescripción de los efectos patrimoniales de la unión marital, fue determinada de modo directo y objetivo por la fecha en que se notificó el auto admisorio de la demanda (17 de marzo de 2010) y la de notificación al demandado señor JOSÉ SALVADOR HUERTAS SANABRIA, es decir el día 25 de abril de 2011.

Los efectos patrimoniales de la unión marital, se reitera, están limitados en el tiempo por lo previsto en el artículo 8º de la ley 54 de 1990, según el cual *“las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros (...)”*, prescripción que se interrumpe con la presentación de la demanda.

Esta norma, señala la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008), con ponencia del H. Magistrado Dr. Arturo Solarte Rodríguez, debe interpretarse en armonía con el artículo 90 del C. P. C., que fija unos plazos para notificar la admisión de la demanda al señalar que, *“La presentación de la demanda*

interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

En este orden de ideas, contrario a lo indicado por la parte apelante, son hechos relevantes para establecer si acaeció la prescripción del derecho a reclamar la existencia de la sociedad patrimonial conformada entre compañeros permanentes, los siguientes: a) fecha de separación definitiva de los compañeros; b) fecha de presentación de la demanda; c) fecha de notificación del auto admisorio de la demanda; d) vencimiento del término de prescripción.

Al verificar entre las pruebas aportadas al proceso la demostración de las indicadas circunstancias, se tiene que la separación definitiva de los compañeros permanentes fue el veintinueve (29) de agosto de dos mil nueve (2009) y la demanda se presentó el día once (11) de febrero de dos mil diez (2010), según consta en el acta de reparto (fl 1), pero no basta solo con ello para tenerse por interrumpido el término prescriptivo contenido en el artículo 8º de la ley 54 de 1990, siendo necesario igualmente, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia a través de la sentencia atrás citada, que para que opere dicha interrupción debe notificarse de la demanda a la parte demandada dentro del año siguiente contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante del auto admisorio, sea por estado o personalmente, por ello es fácil concluir como en efecto lo determinó el a-quo, que el término de prescripción de la acción no se interrumpió pues la notificación a la demandante del auto admisorio de la demanda tuvo ocurrencia a través de estado el día 17 de marzo de 2010 (ver folio 32) y la notificación al demandado se produjo el día 25 de abril de 2011 (ver folio 33 del cdo. 1) .

Lo anterior no desconoce los fines consagrados por el legislador al expedir la ley 54 de 1990, ni las varias decisiones proferidas por la H. Corte Constitucional referentes a la protección de los compañeros permanentes, pues ello no está en discusión, máxime que la norma contenida en la referida ley concerniente a la prescripción de existencia de la sociedad patrimonial, así como la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, es clara al indicar los términos de interrupción de la prescripción (los cuales no se cumplieron en el caso de análisis), sin que sea procedente por esta Corporación entrar a analizar circunstancias ajenas o que antecedieron a la fecha en que la parte demandante notificó al demandado, como lo expone en su escrito de sustentación.

Por las anteriores razones, necesariamente ha de confirmarse la sentencia apelada en lo que fue objeto de inconformidad, pues tales decisiones se encuentran ajustadas a derecho, con la consecuente condenación en costas a cargo de la parte apelante. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 1° a 8 DE LA LEY 54 DE 1990
: ARTÍCULO 90 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 1° DE LA LEY 979 DE 2005
: Sent. 19 -12-2008 M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ C.S.J.

FECHA : 2012-11-06

PROCESO : ORDINARIO UNIÓN MARITAL DE HECHO (APELACIÓN SENTENCIA)

PONENTE : Dr. ÓSCAR MAESTRE PALMERA

DEMANDANTE : HILDA LEONOR RODRÍGUEZ WILCHES

DEMANDADO : JOSÉ SALVADOR HUERTAS SANABRIA

RADICACIÓN : 6193

DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. FLETSCHER PLAZAS JAVIER ARMANDO Rad. 11001600002320100917002 (06-08-12) HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL – Requisitos – Acción dolosa tendiente a causar daño en el cuerpo o en la salud – Previsibilidad del resultado muerte – Diferencias con el homicidio culposo – Circunstancia de agravación consistente en el aprovechamiento de la situación de indefensión o inferioridad de la víctima: Por su minoría de edad.

“Para la configuración del homicidio preterintencional se requiere, conforme lo sostuvo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Una acción dolosa tendiente a causar daño en el cuerpo o en la salud. b) Producción de la muerte de la víctima. c) Nexa de causalidad entre las lesiones y la muerte. d) Previsibilidad del resultado muerte. e) Identidad y homogeneidad del bien jurídico tutelado, en el entendido de que en nuestra legislación la muerte que se origina en unas lesiones personales dolosas se reprime como un tipo especial de homicidio. (7)

De manera que, circunscritos a dichos componentes, la Sala examinará la conducta desplegada por el acusado Frank Solín Martínez Cruz a efectos de determinar si su proceder lo hace responsable del delito atribuido – homicidio ultraintencional– o, por el contrario, conforme ha insistido el recurrente, su compromiso penal no alcanzó sino un homicidio culposo por no acudir dolo inicial de lesión, en cuyo caso el mismo habría prescrito.

Para tal efecto deviene necesario referirse al primero de los elementos exigidos en relación con el delito preterintencional, esto es, la presencia de una “acción dolosa tendiente a causar daño en el cuerpo o en la salud” o en otras palabras, la existencia de “lesión dolosa” que en últimas corresponde al aspecto basilar que el recurrente ha cuestionado al considerarla inexistente y que, sin duda alguna, constituye presupuesto esencial para la estructuración del mencionado delito.

(...)

Hecha la anterior precisión y descendiendo al caso, se tiene que acorde con lo que evidencia la actuación el acusado Frank Solín Martínez Cruz en la noche de 28 de noviembre de 1994 encontrándose en su lugar de residencia en el que también habitaba y laboraba la joven L. Y. Ch. como empleada interna, libó con ella bebidas embriagantes –aguardiente– y estupefacientes –cocaína y opiáceos–, sustancias todas que inevitablemente causan daño en la salud e integridad personal de quien las consume al modificar las funciones fisiológicas de su organismo.

(...)

Establecido que el consumo de bebidas embriagantes y estupefacientes está sometido a control estatal en razón de provocar daño en el organismo al alterar sus funciones fisiológicas, deviene necesario relieves que aunque en la diligencia de inspección de cadáver 7702-1895 en el acápite de “heridas o huellas de violencia” se indicó que la menor “...no presenta heridas ni huellas de violencia...” ello, contrario a lo esgrimido por el recurrente, sólo desvirtúa la existencia de lesiones externas más no logra destruir la presencia de quebranto o daño en la salud.

Última afirmación obedece a que observado el protocolo de necropsia 7765-94 correspondiente a L. Y. Ch con relación al “examen interno” se indicó que las meninges y encéfalo presentaban “...marcada congestión...” frente a la laringe, tráquea y bronquios se encontró “...espuma rosada...” igualmente, se precisó que los pulmones estaban “...edematosos...” y el hígado, vías biliares y páncreas exhibían “...congestión vascular...” (folio 12 col1)

Hallazgos que el patólogo forense del Instituto de Medicina Legal en ampliación de declaración considero “inespecíficos” pero relacionados con “hipoxia” o “...disminución de oxígeno en la sangre, para aportar a los órganos y tejidos...” y como signo de “edema pulmonar” de lo que resulta lógico inferir que la ingesta de aguardiente, cocaína y opiáceos produjo en la menor un edema pulmonar en razón de que se redujo la capacidad vital de oxigenación de sus órganos y tejidos, lo que sin duda constituye un daño en la salud, máxime que dichas

(7) Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. marzo 14 de 2002, rad. 15.663, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

sustancias tienen efectos sobre el sistema nervioso central que en últimas es el encargado de controlar todos los procesos que ocurren en el cuerpo (folio 84 ss. c. o. 2).

(...)

Establecido que sí acudió un daño en la salud de la adolescente, deviene necesario determinar si este fue ocasionado de manera dolosa por el acusado Frank Solín Martínez Cruz para cuyo efecto deberá partirse de su reconocida condición de consumidor de alcohol y estupefacientes para la época de los hechos –1994– en la que estaba a menos de dos meses de cumplir 19 años de edad pues nació el 20 de enero de 1976 (folio 214 c.o. 1).

(...)

Lo anterior quiere relieves que para la época de los sucesos –28 de noviembre de 1994– el acusado Frank Solín Martínez Cruz hacia más de dos años consumía sustancias psicoactivas y alcohol; circunstancia que por su propia vivencia, innegablemente, le brindaba suficiente conocimiento y experiencia para saber que tales sustancias producían efectos nocivos en la salud consistentes en la alteración de su funcionamiento orgánico, de manera que su actuar, contrario a lo pretendido por el recurrente, devino doloso pues al suministrar a la menor las sustancias tenía plena conciencia de las consecuencias dañinas que con ellas se iba a generar, máxime que se trató de una mezcla de licor, cocaína y opiáceos con lo que sin duda potencializó el daño o perjuicio en la salud de la joven.

(...)

Ahora bien, como el procesado y su defensa han pretendido que la iniciativa en la ingesta de las sustancias dañinas para la salud fue de la menor L. Y. Ch. y que la misma se “...hizo en plan de igualdad, con fines lúdicos y sin violencia...” para cuyo efecto han presentado a la jovencita no solo como una “*mujer mundana*” sino adicta a los alucinógenos, al alcohol y con deseos de suicidarse conviene relieves que aunque algunos de los familiares del acusado Frank Solín Martínez Cruz intentaron respaldar tal posición no lo lograron en razón de que incursionaron en planteamientos contradictorios y excluyentes.

(...)

Sea la verdad, no resulta lógico que si la jovencita exhibía un comportamiento tan desenfrenado y desordenado como pretendió hacer creer el bloque familiar del acusado y éste, se pusiera bajo el cuidado de ella, tarea de tanta responsabilidad como es atender a una bebé de escasos ocho meses que requería de cuidados especiales y mucho menos que siendo el entorno familiar de Frank Solín Martínez Cruz conocedor de su condición de consumidor de alucinógenos y alcohol permitieran la estadía de una jovencita que de ser cierta la disipación y concupiscencia en la que vivía no podría incidir positiva ni favorablemente en su estado de drogadicción.

(...)

Clarificado que L. Y. Ch. era una adolescente en cuyo comportamiento no se desplegaba vicios, ni al alcohol ni a los estupefacientes, deviene necesario inferir que el día de los sucesos, 28 de noviembre de 1994, fue influida, inducida o convencida por Frank Solín Martínez Cruz al consumo de las citadas sustancias nocivas de una parte porque él fue la última persona que compartió con ella tales toxinas y de otra porque acorde con lo que se ha dicho él presentaba un historial de consumo de alucinógenos y licor de más de dos años para la fecha de los hechos.

(...)

Y es más, aunque L. Y. Ch. de manera libre y voluntaria hubiese ante la persuasión, incitación, instigación o invitación de Frank Solín Martínez Cruz aceptado consumir la mezcla de alcohol y alucinógenos ello no resulta suficiente para desvanecer la existencia del suceso ni la responsabilidad de aquél bajo la comprensión que el consentimiento de la citada jovencita devendría viciado pues dada su minoría de edad carecía de capacidad para otorgar un asentimiento válido o mejor su incipiente madurez o formación psicológica no le permitía disponer y comprender la trascendencia y sentido de la aquiescencia que prestaba como titular del bien jurídico protegido, esto es, la salud e integridad personal.

(...)

En ese orden de ideas, no puede desconocerse que los menores de edad no gozan de la suficiente capacidad de comprensión para autodeterminarse válidamente; de ahí que, si en tal condición prestan su consentimiento, el mismo no podría en modo alguno considerarse válido ni otorgado bajo las mismas circunstancias de dominio y de autocontrol del que provendría de un adulto o persona mayor de edad; en consecuencia, por esta misma razón se devasta el argumento del recurrente de haber sido la ingestión de las sustancias de abuso en “*plano de igualdad*” entre víctima y victimario, pues mientras la jovencita carecía de capacidad de autodeterminación para que su actuar fuera libre y con conocimiento, el del acusado gozaba plenamente de éstas características.

Así las cosas, depurado que Frank Solín Martínez Cruz, contrario a lo argüido por el recurrente, causó lesión dolosa en la salud de la menor L. Y. Ch. sobreviene satisfecho el primer elemento constitutivo del homicidio ultraintencional, esto es, la existencia de una “*acción dolosa tendiente a causar daño en el cuerpo o en la salud*”, lo que consecuentemente derruye la presencia del homicidio culposo que tan insistentemente se ha aducido por la defensa.

Ahora bien, en el entendido que constituye presupuesto esencial o característico del homicidio preterintencional, que en el agente sólo exista conducta dolosa en el daño o lesión menor y culpa frente al resultado muerte de la víctima, resulta evidente que en el caso objeto de estudio, ello se cumplió plenamente, pues del daño causado en la salud de la menor por el aquí acusado en razón de la deglución de las sustancias tóxicas devino su deceso por “*intoxicación exógena con alcohol etílico, cocaína y opiáceos*” sin que el resultado mayor –muerte– haya sido querido o aceptado como posible por el acusado pues este se concretó en razón a que no fue cuidadoso en la cantidad suministrada a la menor por lo que frente a él surge notable su imprevisión a pesar de ser plenamente

predecible o previsible debido a la conciencia y experiencia que como consumidor de estupefacientes por más de dos años aquél tenía para la época de los hechos y que le permitía avizorar las consecuencias que del consumo de alucinógenos mezclados con licor podía sobrevenir para una persona cuyo organismo no estaba acostumbrado a tal ingesta.

En consecuencia, surge evidente la estrecha conexidad que entre la actividad psicofísica primaria del agente existió con el resultado muerte de la víctima, razones más que suficientes para impartirle el correspondiente reproche penal por tal ilicitud, máxime que frente a los bienes jurídicos protegidos existe identidad pues en ambos casos se ampara la integridad personal y la vida.

Acorde con lo reseñado queda descartado que se haya tratado de un homicidio culposo máxime que para la materialización de éste resultaba necesario que el agente no se hubiese propuesto causar ningún resultado antijurídico, o mejor, que su punto de partida hubiese sido un resultado penalmente neutro que no es lo que se presentó, pues en el caso, innegablemente, se partió de un primer evento doloso o querido, cual fue causar daño en la salud, de ahí que se trate de un homicidio preterintencional; en consecuencia, resulta necesario examinar la pretensión subsidiaria del recurrente que se circunscribió a la eliminación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal para consecuentemente declarar la prescripción.

Agravante que consiste en colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecharse de dicha situación; en el caso, la misma se hizo radicar acorde con lo advertido por la Fiscalía de segunda instancia, en que Frank Solín Martínez Cruz se valió de la condición de inferioridad de la menor, detectada por varios factores tales como la minoría de edad, la condición de empleada del servicio, la falta de recursos, la inexperiencia, el ostensible desnivel en el aspecto cultural, económico y social que la hacían vulnerable frente a él.

(...)

Y sobre el mismo aspecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, preciso:

*4.1. Cuando hechos de esta naturaleza se presentan, la adecuación jurídica correcta es la del tipo penal de homicidio **agravado**, y en todos los casos el titular de la acusación debe considerar y de manera razonada fundamentar y/o excluir las siguientes posibilidades totalmente previsibles:*

i) La edad de la víctima implica considerar de manera razonada o excluir, en fin, fundamentar la agravante prevista en el numeral 7°: “Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”.⁽⁸⁾

En el caso, una de las circunstancias o situación que rodeaba y afectaba a L. Y. Ch., a no dudarlo, lo constituía su minoría de edad por ser causa de inmadurez psicológica, es que por esta condición propia de la joven, la misma se encontraba en situación potencial de debilidad o indefensión al erigirse como persona vulnerable necesitada de especial protección y de la que indiscutiblemente el acusado se aprovechó para inducirla a la ingesta de narcóticos y alcohol lo que denota la presencia de la agravante y la utilización que de esa condición hizo el acusado.

Y es que la minoría de edad deviene de tal importancia que respecto a ella precisa la doctrina:

*b) **Minoría de edad.** La minoría de edad (menor de 16 años) es causa de inmadurez psicológica, porque es el periodo durante el cual se están completando las facultades psicológicas de naturaleza intelectual y volitiva que le permiten al menor comprender y discernir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, y de obrar o determinarse de conformidad. Es un retraso intelectual y no un retraso afectivo. Las personas mayores que tienen ese retraso intelectual (oligofrénicos) son igualmente inmaduros psicológicos, porque no alcanzan el coeficiente intelectual normal.*

La madurez psicológica, que se alcanza a los 16 años de edad cronológica, implica la abstracción del pensamiento, esto es, la capacidad de establecer relaciones lógicas entre los fenómenos abstractos propuestos a su mente; la adquisición de responsabilidad social y, finalmente, el desarrollo psicosexual.⁽⁹⁾

Acorde con lo reseñado se tiene que Frank Solín Martínez Cruz conociendo la falta de voluntad y discernimiento de la adolescente, dada su minoría de edad, aprovechó tal situación para influir en ella de modo tal que la misma no pudiera vislumbrar ni percibir la trascendencia del daño que su humanidad iba a sufrir en razón del consumo de las sustancias que aquél le convidó, de donde surge con claridad la explotación que de esa circunstancia realizó el acusado.”

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
PRESIDENTE

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

⁽⁸⁾ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent, noviembre 5 de 2008, rad. 25.321, M. P. Alfredo Gómez Quintero

⁽⁹⁾ SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. *Psiquiatría Clínica y Forense*. Edit. Temis, 2ª edición 1994, página 380