



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

30 DE AGOSTO DE 2018

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-de-familia/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/74

SALA CIVIL

¿LA SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA QUE SE ENCUENTRA EN TRÁMITE SUPONE OTRA “PRESENTACIÓN” CON EFECTOS NUEVOS E INDEPENDIENTES, RESPECTO DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN? Pág. 2 –5.

EL PRODUCTOR APARENTE ESTÁ OBLIGADO A RESPONDER POR LOS PERJUICIOS QUE PUEDA CAUSAR A TERCEROS. Pág. 5 – 9.

LA TRANSGRESIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL HABEAS DATA, CONLLEVA UNA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. Pág. 9 - 16

SALA LABORAL

¿ES PROCEDENTE LA DECLARATORIA DE LA ILEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SUBDIRECTIVA SINDICAL, POR NO CONTAR CON EL NÚMERO MÍNIMO DE 25 TRABAJADORES EN LA RESPECTIVA SEDE? Pág. 17 - 19

SALA CIVIL

¿LA SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA QUE SE ENCUENTRA EN TRÁMITE SUPONE OTRA “PRESENTACIÓN” CON EFECTOS NUEVOS E INDEPENDIENTES, RESPECTO DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN? MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN RADICADO: [11001310303920100011201](#)

ASPECTO FÁCTICO

1. En demanda presentada el 25 de febrero de 2010, el actor solicitó librar mandamiento de pago en su favor, y en contra del convocado, por los conceptos siguientes:

1.1 Por \$50'989.786, como capital insoluto de las obligaciones N°0210820000105531, 458156160892101 y 5466870660033814.

1.2 Por \$ 4.913.404, correspondientes a los intereses de las tres operaciones de crédito antes referidas, causados para la primera de ellas desde el 20 de octubre de “2010” (sic) y para las restantes a partir del 6 de octubre de 2009, hasta el 8 de febrero de 2010.

1.3 Por los intereses moratorios sobre el capital, generados a partir del 9 de febrero de 2010, fecha de exigibilidad de las aludidas obligaciones.

2. Sustentó tales súplicas así:

2.1 García Velásquez otorgó un pagaré sin número que incorpora las obligaciones por él adquiridas con la entidad financiera, concretamente, un crédito de consumo por valor de \$17.922.540 - N°0210820000105531- y \$33.067.246 en la utilización de dos tarjetas de crédito - N°4568156160892101 y 5466870660033814- .

2.2 El otorgante no ha sufragado la obligación, a pesar de que el plazo está vencido y se le ha requerido para que honre su compromiso.

2.3 El mentado instrumento cartular contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo del demandado.

3. Inicialmente, se libró la orden de apremio el 14 de abril de 2010; sin embargo, el Grupo Consultor Andino S.A. -cesionario del crédito-, sustituyó la demanda al advertir que el mandamiento se había ordenado frente a “Jhon Jairo García Velásquez” y no contra “John Jairo García Velásquez”.

4. El 10 de mayo de 2012, el juzgado expidió orden de apremio en la forma pedida en la sustitución (folio 78, C. 1).

5. El convocado fue emplazado en los términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y, como no compareció, en su representación fue designado un curador *ad litem*, quien formuló la excepción de prescripción, la que sustentó en el hecho de que entre la fecha de exigibilidad de la obligación -10 de febrero de 2010- y la data de su notificación personal -1° de marzo de 2013-, transcurrió un lapso superior al previsto en el artículo 789 del Código de Comercio (folios 105 a 106, *ibídem*).

6. Fenecida la instrucción del litigio, el ejecutante alegó de conclusión indicando que el medio exceptivo propuesto por el curador *ad litem* no podía prosperar, ya que antes vencerse el plazo estipulado en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, aquél había sido enterado de la orden compulsiva emitida el 10 de mayo de 2012, interrumpiéndose así la prescripción con la demanda y su sustitución.

7. La instancia culminó con la sentencia que declaró probada la excepción de prescripción y desestimó la ejecución solicitada (folios 120 a 127, C.1), levantando consecuentemente las cautelas.

8. Dicho fallo fue apelado por la convocante, recurso concedido por el *a quo* y que ahora es objeto de decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

La polémica, a la sazón, estriba en dilucidar si la prescripción resultó civilmente interrumpida. Ese ejercicio de ordinario no reviste mayores dificultades, pero en el *sub-júdice* las entraña, pues supone determinar si la sustitución de la demanda conlleva los mismos efectos interruptivos de la presentación inicial.

ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Cabe acotar, a manera de preámbulo, que en “*la prescripción juegan factores subjetivos que, por razones más que obvias, no son comprobables de la 'mera lectura del instrumento' contentivo de la obligación. La conducta de los sujetos de la obligación es cuestión que siempre ameritará un examen*”

orientado a establecer si concurrentemente se configuran todas las condiciones que deben acompañar al tiempo para que con certeza se pueda decir si la prescripción ocurrió verdaderamente. Sólo así se llegará a determinar lo relativo a la interrupción y suspensión de la prescripción". (Cas. Civ. Sent. de 11 de enero de 2000, exp. 5208).

Por ende, la ley sólo le confiere efectos interruptivos a las acciones desplegadas por los sujetos de la obligación que expresen su voluntad de mantener vivo el vínculo entre ellos. Por ejemplo, el reconocimiento de la obligación efectuado por el deudor y, naturalmente, la demanda judicial, que casi por definición es el hecho interruptor a desplegar por el acreedor (artículo 2539 del Código de Bello).

Para ser más precisos, del acreedor se exige la presentación del libelo, conjuntada, claro, con el oportuno enteramiento de su contradictor (artículo 90 del Código de Procedimiento Civil). Aquí, entonces, cabe preguntarse, ¿la sustitución de la demanda que ya fue introducida a trámite supone otra 'presentación' con efectos nuevos e independientes respecto de la interrupción de la prescripción?

2.2 Pues bien, los alcances de la sustitución no fueron plenamente definidos por el legislador, tratándose ciertamente de una figura confusa, que incluso vino a ser retirada del ordenamiento procesal con la expedición del Código General del Proceso (artículo 93), aunque en lo pertinente dicha normatividad aún no rige. Con todo, la sustitución de la demanda necesariamente alude al acto de cambiarla por otra¹. Es decir, la sustitución permite modificar uno o todos los elementos fundamentales de la demanda: partes, pretensiones, hechos y, además, la solicitud de pruebas².

Esto de entrada revela, dígame de una vez, que la sustitución de la demanda no implica una nueva presentación de ésta, sino un mero cambio en su contenido. Porque el acto de presentación de la misma, si se mira bien, es uno sólo, y sus efectos permanecen inalterados a pesar de las sustituciones y correcciones que respecto del libelo introductorio pueden sobrevenir a lo largo del proceso.

Por ende, no cabe decir que la sustitución borre los efectos de la presentación del escrito demandatorio. Sobre el punto es útil traer a colación que únicamente el retiro del libelo

puede deshacer esos efectos, según lo tiene dicho la doctrina jurisprudencial: *"el retiro de la demanda, a diferencia de la sustitución de la misma, resta todo efecto procesal a su presentación y eventual admisión no notificada, y ella fue seguramente la razón que indujo a consagrar la figura de la sustitución, que no implica retiro, ni tiene las consecuencias procesales de éste"* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 21 de noviembre de 1991).

2.3 Entonces, hablando ya de prescripción, el detonante de la interrupción es la presentación de la demanda, no su sustitución ni su reforma, menos su corrección. Efectivamente, como se anotó líneas atrás, lo que detiene el decurso del término extintivo es la actividad del acreedor expresiva de que su voluntad es conseguir el pago de su crédito. No se trata, pues, de un libelo en sí, sino de la manifestación en él contenida *"que acredite en forma auténtica que el acreedor no ha abandonado su derecho"*³. Por tanto, una vez latente esa intención, todo cuanto haga después carece de esa misma virtud interruptora, dado lo insensato que sería pretender frenar lo que ya no avanza.

En efecto, *"una interpretación sistemática del ordenamiento civil permite concluir que, así como la prescripción extintiva regulada en el Código Civil se refiere a la extinción de una pretensión en concreto, debe también concluirse que la prescripción se interrumpe en la medida en que efectivamente la demanda contenga dicha pretensión específica respecto de la cual está corriendo el término para su extinción. De lo contrario, la simple presentación de la demanda interrumpiría todas las prescripciones posibles en relación con un negocio jurídico, y su inclusión en el texto de la reforma -o sustitución desde luego- podría revivir pretensiones ya prescritas"* (Corte Constitucional, sentencia T-790 de 2010; subraya el Tribunal).

3. Precisado lo anterior, realmente en este caso no hay una razón válida para sostener que el plazo de un año, previsto en el artículo 90 del compendio procesal para conferir efectos interruptores a la presentación de la demanda, debe computarse a partir del segundo mandamiento de pago.

3.1 Para empezar, la verdad no se entiende cómo el juez de conocimiento dio en proferir una nueva orden de apremio estando vigente la que dictó el 14 de abril de 2010 (folio 13, C.1)

¹ Acudiendo al criterio gramatical de interpretación legal establecido en la Ley 153 de 1887.

² Sobre el particular, es útil el parangón con la reforma de la demanda (numeral 2º, artículo 89 del Código de Procedimiento Civil).

³ Moisset de Espanés, Luis; *Interrupción de la prescripción por demanda*; Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; 1966.

y, ante todo, viendo que la pretensa sustitución de la demanda no significó más que el cambio de una letra en el nombre del demandado (Jhon se cambió por John) como lo expresó la propia ejecutante (folio 77, C.1), por lo que en realidad encajaba dentro de esas “*demás aclaraciones o correcciones*” previstas en el numeral 2° del artículo 89 de la codificación procesal civil.

Es que, dicho está desde hace décadas, “*la corrección o enmienda de una demanda, aunque de ella, como es lógico, deba darse traslado al demandado, no es una demanda nueva sino una simple corrección o enmienda; de manera que los efectos producidos por la demanda inicial no se borran*” (Cas. Civ. Sent. de 13 de abril de 1955, G.J. t. LXX, pág. 161).

3.2 Pero incluso viendo que en estricto sentido la sustitución no tenía lugar, la inteligencia del susodicho artículo 90 -norma vigente al momento de los hechos y que en todo caso instituye un término igual al que ahora contempla el artículo 94 del Código General del Proceso- la interrupción de la prescripción desde la presentación de la demanda procede únicamente si la primera providencia del proceso -el auto admisorio o el mandamiento ejecutivo- se le notifica al demandado dentro del año siguiente a la notificación por estado de ese proveído. Luego, sólo cabría predicar la interrupción si de ese primer mandamiento se hubiere enterado al demandado dentro del año siguiente a la notificación por estado⁴.

No es dable, entonces, que los efectos interruptivos de la prescripción se logren con la notificación del nuevo mandamiento. Al respecto, dejó en claro la Corte Suprema de Justicia, en un caso donde también estaba en entredicho el efecto de la presentación inicial del libelo “*a partir de la cual el proceso recibió el trámite que le es propio, (...) que si no existe acto procesal que lo despojara de vigencia o que suprimiera los efectos procesales generados por su presentación, verificada el 25 de septiembre de 1992, v. gr., su retiro, rechazo (...) diáfano es que sólo privándolo de eficacia, es decir, sometiéndolo a los efectos inherentes a la nulidad declarada, podía concluir el fallador que no fue la demanda original, sino la apellidada ‘reforma’, la que en últimas dio inicio al proceso*” (Cas. Civ. Sent. de 1° de junio de 2005, exp. 1992-00062-01).

⁴ En este caso, al curador se le notificó la nueva orden de pago, mas no la primigenia. Ello, sin embargo, no desemboca en la anulación del proceso comoquiera que el acto procesal cumplió su finalidad y, ante todo, garantizó el derecho de defensa. No en vano para la jurisprudencia las “*nulidades procesales no responden a un concepto de mero prurito formalista*” (Cas. Civ. Sent. de 4 de febrero de 1987; reiterada en sentencia de 14 de febrero

Cumple aquí destacar que de acuerdo con el artículo 91 del estatuto procesal -también vigente al momento de trabarse la relación procesal-, los efectos interruptivos de la presentación de la demanda únicamente decaen si el actor desiste de ella o se anula su admisión, lo que permite concluir que bajo ninguna otra circunstancia mengua la vocación interruptora de la presentación.

3.3 Por ende, a modo de corolario, en este asunto la interrupción de la prescripción desde la presentación de la demanda sólo podía lograrse si el primer mandamiento hubiere sido notificado dentro del año siguiente a que de él tuvo noticia la demandante, comoquiera que, itérese, la sustitución no elimina los efectos de la presentación de la demanda, ni la firmeza del mandamiento de pago original.

3.4 Ciertamente, ésta debe ser la hermenéutica sistemática de la sustitución de demanda, y de sus efectos claro está, porque el “*derecho positivo, útil es recordarlo, no patrocina interpretaciones insulares, menos aún si ellas fracturan o resquebrajan la concepción legislativa que inspiró el conjunto de preceptos llamados a gobernar una determinada institución, en este caso la prescripción extintiva y su forma civil de interrupción (...) por tanto, no existe espacio para aprovecharse del tiempo, ni mucho menos de una eventual desidia*” (Cas. Civ. Sent. de 1° de junio de 2005, exp. 7921).

Y es que no es admisible emplear las instituciones procesales para eludir los efectos de la desidia y la incuria procesal de los litigantes, como si los procedimientos no hubieren sido establecidos para asegurar la primacía de los derechos sustanciales, entre los que despunta la prescripción como un mecanismo estabilizador de los derechos y las relaciones sociales, sino como herramientas útiles y convenientes para fraguar un fraude a la ley.

3.5 Luego, compendiando, debe concluirse que la sustitución no tiene la vocación de demarcar la interrupción de la prescripción, la cual, forzosamente, sólo podría operar a partir de la presentación del libelo, claro, si la notificación del primer mandamiento de pago se hubiere conseguido dentro del año subsiguiente.

Como no fue así, es obvio que al momento de la notificación del curador (1° de marzo de

de 1995, exp. 4373), en tanto sólo operan como “*una alternativa excepcional, última, anclada en el principio de protección (...) el cual traduce que la irregularidad esté, no apenas de palabra, sino en la práctica, perjudicando a quien la alega*” (Cas. Civ. Sent. de 24 de agosto de 2001, exp. 6396).

2013, folio 104, C.1) el fenómeno extintivo que éste alegó ya había operado para todas las obligaciones ejecutadas, incluyendo el capital que resultó acelerado con la presentación de la demanda, el 25 de febrero de 2010.

4. Al abrigo de este raciocinio, resulta evidente que la censura fracasa. La sentencia de primer

grado, en consecuencia, será confirmada, pero no habrá condena en costas por el recurso, al no aparecer causadas; tampoco hay lugar a emitir la condena preceptiva por perjuicios, dado que no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único.

**EL PRODUCTOR APARENTE ESTÁ OBLIGADO A RESPONDER POR LOS
PERJUICIOS QUE PUEDA CAUSAR A TERCEROS.
MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [001-2016-51182-01](#)**

**LA SENTENCIA DE PRIMERA
INSTANCIA**

La sentencia opugnada negó las pretensiones relativas a los actos de publicidad engañosa imputados a la accionada; empero, acogió las súplicas que, a título de efectividad de la garantía, incoó la actora sobre las zonas comunes entregadas al Conjunto Residencial Rincón de La Colina P.H. en el año 2009 y, consecuentemente, ordenó a Urbanístika S.A.S. que, dentro de los treinta (30) días siguientes, procediera a efectuar cada una de las reparaciones y adecuaciones solicitadas en el escrito de demanda.

Inicialmente, determinó que la normatividad aplicable para este asunto era el Decreto 3466 de 1982 -anterior Estatuto del Consumidor-, debido a que, según lo acreditado en la actuación, la entrega de dichas áreas se efectuó en febrero de 2009, es decir, antes de la expedición de la Ley 1480 de 2011.

Luego, con fundamento en el artículo 78 de la Constitución Política y lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, determinó que la sociedad accionada sí era responsable de la relación de consumo derivada de la “comercialización” de las zonas comunes aquí señaladas, porque, autorizó el uso de su marca en la publicidad del proyecto inmobiliario, tal y como se desprende del contrato visible a folios 68 y 69 del expediente. Aunado a ello, resaltó que por haber plasmado su marca en la documentación promocional, creó una “*confianza legítima*” en los consumidores. Por lo anterior, negó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por ese extremo de la litis, por lo menos en cuanto a las pretensiones de efectividad de la garantía, donde, agregó, que existía solidaridad con la sociedad que llevó a cabo la construcción del conjunto.

No obstante, desestimó la reclamación respecto a la publicidad engañosa, pues ésta no comporta solidaridad y la única responsable de

promocionar el proyecto fue la constructora, Promotora Rincón de La Colina S.A.

Con sustento en el dictamen adosado al libelo inicial y no objetado, halló acreditadas varias de las deficiencias relacionadas en dicho escrito, por lo que, estimó infundada la excepción de inexistencia de daño.

Y en cuanto a la prescripción invocada, recalcó que para estos casos aplica el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil, es decir, 10 años, por lo que, no habría transcurrido si la entrega de las zonas comunes acaeció en el año 2009.

**REPAROS DE LA PARTE
DEMANDADA**

Contra tal determinación, la parte demandada formuló apelación, donde insistió en lo siguiente: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la responsabilidad para hacer efectiva la garantía de las zonas comunes está en cabeza del constructor -Promotora Rincón de La Colina S.A.-, por lo que la acción debió dirigirse contra el liquidador de ésta última; (ii) el único nexo que tenía con la sociedad constructora, “*era un contrato de uso de marca (...), nunca existió una relación para el desarrollo, ejecución y construcción de la obra*”, por lo que no es responsable de las deficiencias constructivas; (iii) al extender la responsabilidad en su contra, el fallo confunde la marca Urbanístika, bien intangible, con la sociedad Promotora Urbanístika S.A.S., persona jurídica; (iv) el deber de garantía mínima presunta y demás garantías recae sobre los proveedores, expendedores y productores de bienes y servicios, y ella no tiene ninguna de esas calidades; (v) Los supuestos daños no son defectos de construcción sino obedecen a falta de mantenimiento; y (vi) finalmente, en cuanto al fenómeno extintivo arguyó que el término previsto en el artículo 2060 del Código Civil corresponde a la garantía legal a cargo del

constructor, es decir, de la Promotora Rincón de La Colina S.A.-liquidada.

ANÁLISIS DE LA SALA

4. De lo anterior, se desprende que las inconformidades de la demandada con el fallo de primera instancia están correlacionadas entre sí y parten de un mismo supuesto, esto es, que no está llamada a responder por las deficiencias constructivas de las zonas comunes de la copropiedad demandante, por cuanto no obró como promotora o constructora del conjunto residencial.

Y, concretamente, fundó sus alegaciones en que la única relación con la obra ejecutada fue la derivada del contrato de licencia de uso de marca, donde autorizó a la Promotora Rincón de La Colina S.A. utilizar el signo distintivo de su propiedad (Urbanística) sólo con fines de publicidad, convenio que, según afirma, la exoneraba de cualquier tipo de responsabilidad frente a terceros.

De tal forma, si la defensa radica en la existencia de dicha relación contractual, es preciso indicar que ésta encuentra regulación en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente, en el artículo 162 de la Decisión 486 de 2000, el cual consagra que:

“[e]l titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros. (...).”

En este punto, conviene anotar que, cómo está redactado aquel precepto, el registro no es un elemento esencial de este tipo contractual, pues no se trata de una solemnidad en estricto, más bien, como sucede en nuestra legislación con el contrato de sociedad (Art. 112, C. de Co.), tiene como finalidad publicitar el negocio y que éste sea oponible a terceros.

Ahora bien, puede ocurrir que la licencia recaiga sobre una marca en trámite de registro, pues el citado artículo 162 así lo habilita, por lo que, en estos casos, si bien “*el titular de la solicitud de registro no posee un derecho de uso exclusivo, (...) nadie puede dudar de que detenta un derecho de uso*”⁵; de modo tal que “*para la validez de la licencia no*

imprescindible que el concedente sea titular de un derecho subjetivo de uso exclusivo, sólo requiere que, en relación al bien inmaterial de que se trate, posea una posición legalmente protegida”⁶.

Incluso, la doctrina internacional aboga por la posibilidad de licenciar la marca “*sin registrar*”, en tanto que su “*consecuencia fundamental (...) será la imposibilidad de inscribir la relación contractual. Sin necesidad de norma legal expresa, el principio de autonomía de la voluntad habilita que pueda otorgarse una licencia que tenga por referente una marca no inscrita (sic), pues ésta presenta un valor jurídico patrimonial susceptible de constituirse en un objeto lícito de contratación*”⁷.

Ahora bien, en la legislación nacional el mencionado contrato de licencia también encuentra regulación, toda vez que el artículo 594 del Código Comercio, consagra que “*[e]l contrato de licencia contendrá estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios producidos o prestados por el beneficiario de la licencia. El titular de la marca ejercerá control efectivo sobre dicha calidad y será solidariamente responsable frente a terceros por los perjuicios causados*”.

Precisamente, esa obligación legal del titular de la marca de cerciorarse sobre la calidad de los productos comercializados por el licenciatario, sin lugar a dudas, comporta una garantía para los consumidores, la que, a su vez, se encuentra reglamentada en el Decreto 3466 de 1982 -aplicable al caso puesto a consideración-, cuando en el artículo 1º define como productor a “*[t]oda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público.*

Frente a tal definición cobra gran importancia el verbo rector “*utilizar*”, pues, cuando una empresa estampa su marca en un producto, lo hace para que el mismo sea adquirido por los consumidores y poder posicionar su nombre en el mercado. Ese es el alcance interpretativo que a dicha norma le ha dado la jurisprudencia, pues, expresamente, asentó: “*quedan comprendidas, además, aquellas empresas o personas que le imponen su marca, nombre o cualquier signo distintivo al producto, pues es palpable que esa circunstancia encaja en la descripción constitucional, en la medida que lo “utilizan” para que sean adquiridos por los consumidores*”. (Cas. Civ. 30 de abril de 2009, exp. 1999-00629-01)

⁵ Chijane, Diego. Derecho de Marcas. Contratación Marcaria. Editorial B de F. Buenos Aires (Argentina). Año 2011. Pág. 222.

⁶ Ob. Cit. Ibídem.

⁷ Ob. Cit. Pág. 224.

Bajo esa misma lógica, se ha reiterado que la empresa que no fabrica determinado producto, pero se da a conocer al público en general como tal, imponiendo su nombre o marca en elementos de presentación o de publicidad, asume el carácter de “productor aparente” y, por ende, está obligado a responder por los perjuicios que pueda causar a terceros y, en particular, a los consumidores. Al respecto, literalmente, ha dicho:

“No sólo es productor de un bien quien fabrica un producto terminado o un elemento integrante de él, o quien produce materia prima, sino que también se incluye a cualquier persona física o jurídica, que sin alcanzar tal condición, se presente externamente al público como fabricante o productor, poniendo su nombre en el envase, el envoltorio, cualquier otro elemento de protección, de representación, o de publicidad. Este sujeto es el fabricante o productor aparente.

*El fundamento de la responsabilidad es la generación de confianza. Quien pone su marca y se muestra ostensible al público consumidor, aunque sin serlo, se presenta como productor, por lo que debe asumir las consecuencias de la generación de esa confianza, y responder objetivamente por los daños y perjuicios ocasionados por el producto”.*⁸

En efecto, la confianza que crea en el consumidor por la utilización de determinada marca en la comercialización de un producto va de la mano con uno de sus fines esenciales, cual es el de identificar la calidad y su origen⁹, factor relevante en el mercado si se tiene en cuenta que esa es una de las formas más efectivas para fidelizar y atraer clientela que acrecienta el reconocimiento y valor del bien intangible.

Y es que, como lo señala la doctrina, “el carácter de productor aparente incluye al que pone un signo distintivo sobre el producto, constituyendo así a la marca. La responsabilidad constituye la contrapartida de la apariencia creada por el productor, una necesaria seguridad. Se trata de determinar un derecho de reparación del daño, en detrimento de una persona que asume necesariamente un riesgo, en la especie de responsabilidad, propia en el derecho de los negocios por la indicación de su nombre, de

su marca o de un signo distintivo sobre el producto, y como un elemento que patrimonializa a ese productor aparente por el prestigio de sus productos, o de las licencias de marca o de producto que pueda otorgar.

La marca produce un efecto promocional más que informativo, pues busca atraer clientela, convirtiéndose en un instrumento de publicidad y en una garantía de calidad, que es uno de los triunfos más importantes del derecho del consumo, y cuya violación implica un abuso de derecho en la especie del derecho de publicidad, para procurarse ventajas económicas, comportando un abuso de notoriedad que afecta al consumidor.

(...)

*La marca forma parte de un activo de la empresa y, como tal, si del uso se genera perjuicios debe repararlos pues obtuvo un beneficio con la titularidad de la marca y su negociación”*¹⁰.

Bajo el marco teórico expuesto, no hay discusión respecto a la legitimación en la causa por pasiva que le asiste a la accionada en el presente asunto.

Ello es así, porque, si como lo plantea en el recurso, posición en la que ha insistido durante todo el proceso, obró como licenciante y autorizó el uso por parte de la Promotora Rincón de La Colina S.A. de la marca Urbanística para la construcción del Conjunto Rincón de La Colina P.H., según el contrato visible a folio 67 y 68 del cuaderno 1, suscrito el 13 de febrero de 2009, evidentemente, por mandato del citado artículo 594 del C. de Co., debió ejercer control efectivo de la calidad de la obra y, por contera, responder solidariamente por los perjuicios causados que la misma cause a terceros, los consumidores en este caso, quienes no son otros que los copropietarios adquirentes, aquí representados por la persona jurídica demandante.

En este punto, conviene aclarar, que así el contrato de licencia aportado por la demandada tenga una fecha de celebración anterior al registro de la marca “Urbanística”, suceso que, de acuerdo con el sistema web de

⁸ RInessi, Antonio Juan. Relación de Consumo y Derechos del Consumidor. Editorial Astrea. Buenos Aires (Argentina). Año 2006. Página 327.

⁹ Castro García, Juan David. La Propiedad Industrial. Universidad Externado de Colombia. Año 2009. Página 67.

¹⁰ Guersi, Carlos A. (Coord.). Los Derechos del Hombre, Daños y Protección a la Persona. Capítulo VI por Efraín Hugo Richard. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires (Argentina). Año 1997. Pág. 314-316.

consulta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIPI), acaeció el 16 de septiembre de 2010, existe prueba en la actuación de que el mencionado convenio se ejecutó cuando estaba en trámite el registro de la marca, situación cobijada por el citado artículo 162 de la Decisión 486, e incluso, después de que aquella fue otorgada.

En efecto, revisado el plenario, la Sala advierte que la utilización de la reseñada insignia en la publicidad del proyecto inmobiliario aconteció, por lo menos, desde el 14 de agosto de 2009, como se desprende de la cotización obrante a folio 38 del cuaderno 1, circunstancia que se prolongó en el tiempo, puesto que consta en la actuación otra cotización de octubre 1º de 2011 (fl. 165, C.1); documentos que publicitaron la edificación con el nombre de “*Rincón de la Colina*” y con el logo de “*Un proyecto de Urbanística innovamos ambientes*”, el cual, además de contener la imagen registrada y autorizada por su titular, no hacía mención o distinción acerca de la empresa que realmente adelantaría la construcción de la unidad residencial.

Lo mismo puede predicarse de toda la publicidad alusiva al proyecto, la que si bien no tiene fecha de publicación, no cabe duda que refiere a la comercialización de la copropiedad aquí demandante, pues tanto los planos promocionales (fl. 35, c.1), la descripción del proyecto con sus respectivas zonas comunes (fl.36, c.1), así como el manual de propietario (fls. 96-143, c.1), incluyen la marca “*Urbanística*” en cada uno de sus apartes; incluso, dentro del historial de proyectos realizados por “*Urbanística*” está incluido “*Rincón de La Colina*”, tal y como se desprende de los documentos visibles a folios 146 y 147 del cuaderno 1.

Es más, la misma documentación que la promotora remitía a los copropietarios durante el procedimiento de las garantías de posventa evidencian la utilización de la marca “*Urbanística*” en la parte inferior de las comunicaciones (fls. 39 y 40), reforzándose así la tesis de que, externamente, la demandada se presentó y se ha presentado como “*productora o fabricante*” de la obra aquí reseñada.

A esta altura del debate, es preciso resaltar que no resulta determinante para la decisión que aquí se adopte que la construcción y entrega de

las zonas comunes de la copropiedad haya ocurrido antes de la constitución de la persona jurídica aquí demandada y su correspondiente matrícula en el registro mercantil -13 de febrero de 2009-, cuestiones que sólo vino a esgrimir la demandada al momento de sustentar la apelación, dado que, conforme a lo previamente expuesto, existe prueba fehaciente en el plenario de que el proyecto inmobiliario “*Rincón de la Colina*” fue comercializado con la marca de “*Urbanística*”, por lo menos, desde agosto de 2009 (f.162, C.1), por lo que al haberse creado esa apariencia sobre quienes adquirieron a partir de esa época inmuebles que hacen parte del conjunto residencial accionante con las características descritas en los folletos, es decir, con la convicción de que los mismos estaban dotados de las zonas sociales que la publicidad de la obra indicaba y que su calidad era garantizada por la marca anunciada, lo dicho resulta suficiente para inferir el desacierto de su reclamo.

Por tales razones, aunque no haya fungido como fabricante directa, en razón de la confianza y convicción depositada por los consumidores compradores de los apartamentos de la copropiedad demandante, en virtud de la utilización de la marca de su propiedad, por la cual es reconocida en el mercado inmobiliario, ineludiblemente, asumió la condición de productora y recae en sus hombros el deber de garantía mínima presunta por la idoneidad y calidad de los bienes; por supuesto, ésta cobija a los bienes comunes adquiridos por aquellos en esa negociación.

Así las cosas, como es el mismo argumento que alude en su defensa la demandada, el que presupone la legitimación que echa de menos en este caso, tal y como se explicó, los reparos formulados contra el fallo de primer grado, están llamados al fracaso, porque, ya sea que obre como licenciante (titular de la marca), o como productora aparente, por ministerio de la ley responde por los perjuicios derivados de la construcción de la edificación y, por ende, la persona jurídica demandante, en representación de los copropietarios, podía dirigir directamente la acción en su contra, conforme al artículo 11 del citado decreto¹¹.

5. Para finalizar, sobre la última alegación de la accionada que tituló “*prescripción*”, pero sustentó en el artículo 2060 del Código Civil relativo a la responsabilidad civil del

¹¹ Art. 11: Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia

correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

constructor en caso de destrucción o amenaza de ruina de la edificación, debe precisarse que la sentencia impugnada no basó su determinación en esa normatividad, sino en los preceptos que, en materia del consumidor, refieren al deber de garantía mínima presunta por la calidad de los productos, según el Decreto 3466 de 1982, disposición que consideró aplicable, sin que exista ningún tipo de reparo al respecto.

Así mismo, la queja que elevó la abogada de la accionada al terminar la audiencia de fallo, relacionada con el informe técnico aportado junto con el libelo introductor, aunque no fue desarrollada en el escrito que, posteriormente, aportó para ampliar y sustentar sus reparos, ha de decirse que, a más de que no presentó

ninguna objeción en la oportunidad procesal respectiva sobre las conclusiones a las cuales llegó dicho trabajo, las afirmaciones acerca de que las deficiencias advertidas no son constructivas, sino de mantenimiento o mejoramiento, tampoco fueron alegadas al momento de contestar la demanda, ni en el curso del litigio, resultando totalmente novedosas y ajenas al debate aquí planteado.

6. En conclusión, ante el desacierto de los reparos formulados por el recurrente, se confirmará íntegramente la providencia impugnada. Por el fracaso de la censura y aparecer causadas se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada. (C.G.P., art. 365).

**LA TRANSGRESIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL HABEAS DATA,
CONLLEVA UNA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001310304120150047501](#)**

ASPECTO FÁCTICO

1. La parte actora pretende que se declare civil y contractualmente responsables a las demandadas, por el incumplimiento del contrato de mutuo, al reportarlos injustificadamente a las centrales de información crediticia y cobrarles una obligación inexistente. En consecuencia, condenarlas a indemnizar los daños morales, al buen nombre y a la vida de relación irrogados, como también los de índole material, en la cuantía señalada en la demanda.

2. Sustentaron tales súplicas, en síntesis, así:

2.1 En 1994, adquirieron un crédito o “préstamo de mutuo” del Banco Ganadero - hoy BBVA Colombia- para comprar un vehículo colectivo de servicio público. La obligación fue identificada con el No. 5679978013, incorporada en el pagaré No. 177 por \$12'000.000 -el cual suscribió Edgar Jacinto Beltrán Arteaga como codeudor-, y garantizada con la prenda del automotor.

2.2 La entidad bancaria adelantó proceso ejecutivo pretendiendo el pago coercitivo de la acreencia, trámite en el que fueron decretadas medidas cautelares sobre los bienes de los deudores.

2.3 La obligación fue saldada en su integridad, incluidas las costas del litigio, por lo que el 28 de enero de 1999 el banco solicitó la terminación del mismo por pago total, a lo que se accedió en auto de 12 de febrero siguiente, el que consecuentemente levantó las cautelares. A pesar de ello y de los múltiples requerimientos al BBVA, éste omitió cancelar

el gravamen sobre el vehículo. Por el contrario, el 13 de julio de 2007 cedió la extinta acreencia a Crear País S.A., quien le asignó dos números diferentes (5679978013 y 5679925508).

2.4 Ambas entidades mantuvieron, hasta el 12 de agosto de 2012, el reporte negativo ante las centrales de riesgo y siguieron cobrando la obligación mediante insistentes y amenazantes comunicaciones (escritas y telefónicas), llevándolos a contratar a dos abogados para que defendieran sus intereses.

2.5 La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de Resolución 65010 de 31 de octubre de 2013, sancionó a Crear País S.A. por “*las actuaciones arbitrarias, ilegales, infundadas y perjudiciales con el cobro de deudas inexistentes y reporte a las centrales de riesgo*”, lo que les aparejó los daños cuya indemnización reclaman.

3. La parte accionada se opuso a la prosperidad de la demanda, así:

3.1. Crear País S.A. fundó su defensa en las excepciones de “*falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad*”, “*inexistencia de responsabilidad civil contractual*” y “*falta de los requisitos esenciales para configurar responsabilidad civil extracontractual*”.

3.2. El Banco BBVA Colombia S.A. postuló las exceptivas que denominó: “*ausencia de conducta irregular por parte del BBVA*”, “*ausencia de incumplimiento contractual*”, “*inexistencia de perjuicios materiales, falta de certeza en el daño emergente y lucro cesante*”.

que se reclama” y “falta de legitimación en la causa”.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Están reunidos los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación, por lo que procede emitir sentencia de mérito.

2. El artículo 15 de la Constitución Política, además de consagrar el carácter fundamental de los derechos a la intimidad personal y familiar, y el buen nombre, introdujo a nuestro ordenamiento jurídico otra garantía que goza del mismo grado de protección, el Habeas Data, prerrogativa que tienen todas las personas “a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”

“Lo primero implica la posibilidad que tiene el ciudadano de saber en forma inmediata y completa cómo, por qué y dónde aparece su nombre registrado; lo segundo significa que si la información es errónea o inexacta, el individuo pueda solicitar, con derecho a respuesta también inmediata, que la entidad responsable del sistema introduzca en él las pertinentes correcciones, aclaraciones o eliminaciones, a fin de preservar su derechos fundamentales vulnerados; lo tercero implica que el dato deba reflejar la situación presente de aquel a quien alude”.¹²

Por los avances tecnológicos, desde la década de los 90 surgió una tensión real entre el Habeas Data y el derecho a la información. Pero ante la falta de regulación del tema y de normas que armonizaran tales garantías para evitar los abusos, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia suplió el vacío de legislación en estas materias.

Uno de los escenarios precisos para el enfrentamiento del Habeas Data con la libertad informática, no era otro que el historial crediticio y el comportamiento de los ciudadanos de cara al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en entidades financieras. Por ejemplo, a causa de la mora de sus deudores, los bancos procedieron a efectuar reportes a las centrales de riesgo, convirtiendo el dato negativo en público, por

lo menos, para quienes tenían acceso a ese tipo de información.

Dada la potencialidad de afectación de derechos fundamentales como el buen nombre, intimidad, honra y Habeas Data, y el manejo indiscriminado de la información por parte de los administradores de las bases de datos, el máximo órgano constitucional emitió varias decisiones con el objetivo de imponerle límites a la actividad que en estas cuestiones desplegaban tanto los establecimientos bancarios como las centrales de riesgo.

Es así como, en la sentencia T-176 de 1995 (reiterada en Sentencia T-284 del 27 de marzo de 2008), asentó que el derecho fundamental al habeas data resulta vulnerado cuando la información contenida en el archivo de datos sea recogida de “manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato (i), sea errónea (ii) o recaiga sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente (iii)”.

Y en la sentencia SU-082 de 1995 – unificadora del tema-, además de reiterar la necesidad de autorización expresa del deudor para el manejo de sus datos personales, señaló cuáles eran los términos razonables de la permanencia de un dato negativo en la central de información. Específicamente, en casos análogos, reiteró:

“Si el pago se ha producido en un proceso ejecutivo, es razonable que el dato, a pesar de ser público, tenga un término de caducidad, que podría ser el de cinco (5) años, que es el mismo fijado para la prescripción de la pena, cuando se trata de delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad, en el Código Penal. Pues, si las penas públicas tienen todas un límite personal, y aun el quebrado, en el derecho privado, puede ser objeto de rehabilitación, no se ve por qué no vaya a tener límite temporal el dato financiero negativo”.

Hasta el año 2008, el legislador reguló el Habeas Data en la Ley 1266 de 2008, consagrando los derechos de los titulares del dato, los deberes de los operadores, fuentes y usuarios de la información, los tiempos de permanencia de los reportes y la forma cómo debían elevarse los reclamos o consultas a los responsables. Así mismo, en su artículo 21 instituyó un régimen de transición, el que, entre otras disposiciones, estableció: “Los

¹²Remolina Angarita, Nelson. El Habeas Data en Colombia. Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Pág. 193. Bogotá, 1994.

titulares de la información que a la entrada en vigencia de esta ley estuvieren al día en sus obligaciones objeto de reporte, y cuya información negativa hubiere permanecido en los bancos de datos por lo menos un año contado a partir de la cancelación de las obligaciones, serán beneficiarios de la caducidad inmediata de la información negativa”.

3. La transgresión de los garantías fundamentales del Habeas Data, buen nombre, honra e intimidad, ya sea por el recaudo de información sin autorización expresa del titular, o por su contenido alejado de la realidad, o porque recae sobre aspectos íntimos de la persona “no susceptibles de ser conocidos públicamente”, comporta, entonces, una responsabilidad de las fuentes o sus operadores, según sea el caso, por lo que, su administración debe estar acorde con las pautas que el mismo ordenamiento jurídico consagró a través de los distintos precedentes jurisprudenciales vertidos sobre la materia, o de las leyes que regulan dichas prerrogativas.

Esa vulneración apareja una responsabilidad patrimonial como consecuencia de causar un perjuicio, ora por la comisión de un hecho ilícito -extracontractual-, ora por el incumplimiento de un convenio -contractual-, concretándose en la obligación de indemnizar.

4. Descendiendo al asunto materia de decisión, se tiene, en primer lugar, que el banco acusa la sentencia opugnada de incongruente, siendo del caso memorar que el juez al fallar debe respetar los límites o contornos que las partes le definen en su reclamación (pretensiones o excepciones) y en los fundamentos fácticos de la misma, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, en la hipótesis que aparezcan probadas, o de pretensiones que, no aducidas, también deban declararse oficiosamente.

La desarmonía del fallo puede estructurarse cuando otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviere facultado para concederlo oficiosamente (ultra petita); omite resolver sobre algunas de las súplicas o medios exceptivos formulados (mínima o infra petita); y decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, incluso, apoyado en hechos diferentes a los invocados (extrapetita).

Y es que, siendo los hechos de la demanda y de su reforma, los elementos integrantes de la *causa petendi*, a partir de los cuales el actor hace provenir el derecho reclamado, son trascendentales para la decisión del litigio, porque fijan las pretensiones y demarcan el ámbito de desarrollo de la *litis*, junto con los

aspectos fácticos esgrimidos en su defensa por el contradictor -contestación del libelo-.

En punto de la incongruencia fáctica, la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones ha explicado:

“(...) La sentencia para ser congruente debe decidir solo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario (...) Tal fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados” (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1977).

Pues bien, los actores en su demanda pidieron declarar contractualmente responsables a sus contendores, con ocasión del reporte injustificado y el cobro de una obligación ya saldada, invocando como sustento fáctico, en síntesis, que adquirieron “*un crédito o préstamo de mutuo*” ante el ente bancario -garantizado con una prenda-, el que fue cobrado por la vía ejecutiva, trámite que culminó el 12 de febrero de 1999 por pago total de la obligación; no obstante, el acreedor omitió cancelar el gravamen pese a los múltiples requerimientos en ese sentido y, por el contrario, cedió la obligación en la venta de cartera que hizo, además, fueron reportados ante las centrales de riesgo y objeto de reiterados cobros verbales y escritos que los obligaron a contratar abogados para la defensa de sus intereses.

El *a quo* no se apartó de esa situación fáctica, habida cuenta que reparó en el invocado contrato de mutuo, en la cesión de la cartera efectuada por el banco -incluyendo dicho crédito-, en los reportes ante las centrales de riesgo y los mentados cobros, cuestión distinta es que al calificar jurídicamente esos hechos los ubicara dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, pues entendió que el aludido negocio jurídico -incumplimiento- era la fuente del daño cuya indemnización reclaman los actores -como en efecto lo es-, clara aplicación del principio *iura novit curia*, en tanto consideró la realidad de los hechos y los subsumió en la normatividad que, a su juicio, los regían, coincidente con lo pedido por los demandantes.

Ese razonamiento del sentenciador de primer grado encuentra respaldo en una de las posiciones jurídicas que la doctrina ha esbozado sobre el tema, escenario académico donde ni siquiera hay criterios uniformes acerca del régimen aplicable contractual o extracontractual- cuando la disputa recae sobre hechos posteriores a la terminación del contrato, como sucede en este asunto, amén que en el caso concreto, como se verá, están demostrados los elementos determinantes de una y otra responsabilidad, imponiéndose el deber de reparación del daño en cualquiera de esos ámbitos.

Ciertamente, para algunos autores la extinción del convenio no determina *per se* la naturaleza extracontractual de la disputa, según lo afirma el apoderado del banco, puesto que puede existir incumplimiento de deberes de conducta principales o secundarios, los cuales así no estén literalmente descritos, integran la relación negocial en virtud del principio de la buena fe contractual, de acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil: “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Al respecto, se ha precisado:

“En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil resultante de la infracción de los deberes secundarios de conducta una vez se ha perfeccionado el contrato, la doctrina ubica en algunas ocasiones la solución en el campo de la responsabilidad contractual y en otras en el terreno de la responsabilidad extracontractual. Sobre esto último señala DÍEZ-PICAZO, refiriéndose en particular a los deberes de protección, que, “es mucho más correcta la tesis que preconiza la incardinación de los deberes de protección dentro de la órbita contractual estricta, (...), entre otras razones porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 CC [español] y, además, porque los deberes nacidos de una relación contractual —sean unos y otros específicamente pactados— deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual”¹³.

En todo caso, la realidad es que la responsabilidad aquí debatida deviene de la

relación negocial que vinculó a las partes, por cuanto habiéndose cancelado la acreencia fue reportada como existente, incluso en la cesión de cartera, incurriendo el deudor originario y el cesionario en el error de reportarla ante las centrales de riesgo, faltando así al deber de liberarlo de dicha obligación (“deber de protección”, de carácter secundario), en acatamiento de la buena fe y lealtad negocial.

Por lo demás, dígase, que la jurisprudencia desde los años 40 del siglo pasado avizoró que:

“[E]s indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro (...) en tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cuál sea el origen de la culpa” (Cas. Civ. Sent. de 29 de agosto de 1947).

De igual forma, recientemente, en la sentencia SC 10297 2014 de 5 de agosto de 2014, la Corte Suprema de Justicia, en un caso de responsabilidad médica, insistió en que la reparación integral del daño tiene su fuente en la comprobación del mismo. Así lo explicó:

“(...) la jurisprudencia nacional ha reconocido tácitamente que no es el carácter contractual o extracontractual de la obligación lo que hace posible la reparación del perjuicio extrapatrimonial, tal como ha quedado plasmado en las condenas por responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos. (Sentencias de 12 de julio de 1994, G.J. t. CCXXXI N°2470, p. 49; 5 de octubre de 2004, Exp.: 6191; 17 de noviembre de 2011. Exp.: 1999-0053-01, entre otras)

¹³ Solarte Rodríguez, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Universitas, núm. 108, diciembre, 2004, pp. 282-

315. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

De manera que no es la fuente de la que emana la responsabilidad (contractual o extracontractual) el criterio que permite otorgar el pago de la indemnización integral del perjuicio, dado que no existe una necesaria correlación entre la patrimonialidad de la prestación y la naturaleza del daño.

Por el contrario, es la comprobación de un daño a la persona lo que da lugar al resarcimiento no patrimonial, con independencia de si tuvo o no su origen en un convenio que en principio pudo perseguir un beneficio netamente económico.

‘Con estos lineamientos –tiene dicho esta Sala– la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, ‘porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial (...)’. (Sent. de 18 de septiembre de 2009)’.

En conclusión, el fallo censurado, en modo alguno, puede tildarse de incongruente.

5. Por otra parte, es un hecho indiscutido, además certificado por Crear País S.A., que los reportes y cobros injustificados también atribuidos a ésta, los efectuó como administradora del portafolio de créditos cedidos por el BBVA Colombia S.A., relación comercial que incluyó la obligación de los actores, en cuya virtud la cesionaria ocupó la posición contractual del banco en el referido mutuo, del cual dedujo el juzgador de primer grado devenían los daños cuya indemnización es materia de esta reclamación, de ahí que esa situación torna inatendible la censura de la prenombrada sociedad.

6. Ahora la prueba recaudada evidencia lo siguiente:

La certificación de TransUnión Colombia - antes Cifin S.A.- (folios 512 – 516, C.1), refiere que los demandados fueron reportados negativamente por el Banco BBVA S.A., en los términos siguientes:

- Luis Fernando Díaz Orjuela por las obligaciones: (i) No. 001301360009600125508, desde el 24/12/2001 hasta 26/01/2002; y (ii) No. 00000000005679925508 en los períodos de 31/10/2001 hasta 10/03/2004 y de 13/04/2004

hasta el 13/07/2007. Para un total de 2047 días de reporte negativo por el banco.

- María Lucía Díaz de Neuta por las acreencias: (i) No. 00000000009600178013, fecha de ingreso el 28/12/2000 y de eliminación del dato el 27/10/2001; (ii) No. 00130242009679978013 desde el 24/12/2001 hasta 28/01/2002; y (iii) No. 00000000005679978013 en los períodos comprendidos entre el 31/10/2001 hasta el 10/03/2004 y el 13/04/2004 hasta el 13/07/2007. Es decir, en este caso, la vigencia del dato se prolongó por 2350 días.

Del citado documento también emerge que el día 13 de julio de 2007, la información crediticia migró a Crear País S.A., en estricto sentido, las obligaciones Nos. 00000000005679925508, a cargo del señor Díaz Orjuela, y 00000000005679978013, a nombre de la señora Díaz de Neuta, en las cuales se mantuvo un reporte negativo de 13/07/2007 hasta 30/05/2008, 18/06/2008 hasta el 03/06/2009 y de 28/10/2010 al 13/08/2012, lo cual significa que el dato tuvo una vigencia de 1337 días.

En resumen, en CIFIN S.A., Luis Fernando Díaz Orjuela estuvo reportado un total de 3084 días, más de 8 años y 5 meses, y María Lucía Díaz de Neuta por 3687 días, equivalentes a 10 años y 1 mes aproximadamente.

Así mismo, es un hecho indiscutido por las partes, que los demandantes adquirieron un crédito de vehículo en el año 1994, mediante el Pagaré No. 177, a favor del extinto Banco Ganadero (Hoy BBVA S.A.) el cual se garantizó con una prenda suscrita por los deudores sobre el vehículo de placas SVA 454, documentos visibles a folios 22 a 26 del cuaderno 1, así como también que en el año 1997 se dio inicio a una acción ejecutiva con base en el aludido título-valor, ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito, proceso que terminó por pago total de la obligación a través de auto de 12 de febrero de 1999 (fl. 33, C.1).

De suerte, pues, que si el único préstamo probado refería al pagaré No. 177, cancelado el día 12 de febrero de 1999, como se indicó, para el 28 de diciembre de 2000, fecha en que se efectuó el primer reporte negativo de María Lucía Díaz de Neuta, y el día 24 de diciembre de 2001, cuando se introdujo la misma información respecto de Luis Fernando Díaz Orjuela, aquel ya se encontraba totalmente pagado.

Y si bien, para esa época no existía ley de Habeas Data y era la Corte Constitucional quien señalaba los términos razonables para la permanencia de los datos negativos, una vez efectuado el pago, precisando, por ejemplo,

que si éste se realizaba en el marco de un proceso ejecutivo podía perdurar por cinco (5) años (SU-082 de 1995), siempre advertía que dicha información forzosamente debía estar precedida de una autorización expresa y por escrito del titular de los datos. De lo contrario, cualquier tipo de información consignada sin la anuencia de los obligados, implicaba un actuar inconstitucional, la vulneración del derecho fundamental en comento y la eliminación inmediata del dato.

Sin embargo, en este asunto, además de brillar por su ausencia medios de prueba de compromisos distintos al indicado en esta decisión, ninguna de las entidades demandadas adosó el documento proveniente de los demandantes para administrar su información en las centrales de riesgo, desconociendo así, lo que desde esa época exigía la jurisprudencia del alto tribunal constitucional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el caso específico de Crear País S.A., a quien migró la información del Banco según la certificación de la CIFIN S.A., en su calidad de operadora y administradora de la cartera comprada por CIGPF Ltda., hechos reconocidos en el interrogatorio por la representante legal y que se derivan de la repuesta remitida a los accionantes el día 13 de octubre de 2009 (fls. 38-40, C.1), advierte la Sala de Decisión que, además de mantener el reporte negativo de una obligación sin soporte alguno, tal y como ella misma lo afirmó en la comunicación del 27 de noviembre de 2012 (fl. 59, C.1), no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1266 de 2008, vigente desde el 31 de diciembre de ese año, sobre el régimen de transición y no eliminó de manera definitiva e inmediata del dato, aun cuando no había ninguna razón para su permanencia.

Es más, dicha equivocación también conllevó que los demandantes padecieran por largos años cobros reiterados e injustificados, los cuales se hacían de forma telefónica por ambas entidades accionadas y de los que obra prueba en el expediente, de conformidad con las declaraciones de Ana Yadira Neuta Díaz, Inocencio María Villamil Sánchez, Edy Johana Neuta Díaz y María Julia Palma Beltrán, quienes, si bien tienen algún tipo de parentesco, ya sea de afinidad o sanguíneo, con los afectados, al hacer parte de su círculo íntimo pueden atestiguar sobre tales circunstancias y la situación que les engendró.

De lo esbozado emerge nítida la acreditación de los elementos estructurales de la responsabilidad civil.

7. Con relación a la condena por perjuicios, aspecto apelado por la actora, es preciso recordar que ante la comprobación del daño deviene la obligación de repararlo; de ahí que a quien demande su resarcimiento le incumbe demostrar su existencia, esto es, que sea cierto y personal.

La certeza atañe a la materialidad de la lesión, por cuanto es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, más no eventual o hipotética. Y la exigencia de ser personal implica que sólo el que lo ha sufrido debe ser resarcido, sin que, según el caso, impida el ejercicio de la acción indemnizatoria por sus herederos o por los terceros afectados con el daño reflejo.

7.1. Perjuicios materiales:

De acuerdo con el artículo 1614 del Código Civil, refieren el menoscabo económico padecido por la víctima y se clasifican en daño emergente y lucro cesante.

Del primero de ellos da cuenta el contrato de prestación de servicios profesionales ajustado entre demandante y el abogado José Hernán Escudero Martínez, el 24 de enero de 2012, con el objeto de que materializara la cancelación de la prenda del vehículo de placas SVA 454 y levantara el reporte negativo del contratante en las centrales de riesgo, pactando como honorarios \$16.000.000.00; empero, el comprobante de egreso, visible a folio 184 del cuaderno No.1, evidencia que de esa cantidad fue pagada tan solo la suma de \$5.000.000.00, en tanto los demás comprobantes están signados por una persona distinta a quien suscribió la aludida convención.

Y muestra de la gestión desplegada por ese profesional es el memorial que radicó ante Crear País S.A., el 17 de julio de 2012 (fls. 54-56, C.1), en el que, entre otras cuestiones, y con la finalidad de conjurar la situación, puso en conocimiento la inexistencia de la obligación cobrada a sus mandatarios y pidió verificar el caso, solicitud resuelta en el escrito de 3 de agosto de 2012, obrante a folio 57 C.1.

Por consiguiente, ante la comprobación del daño emergente, el cual corresponde al valor efectivamente pagado por concepto de honorarios al abogado Escudero Martínez, la indemnización por este concepto ascenderá a la suma de \$5'000.000, a favor de Luis Fernando Díaz Orjuela.

También obra en el plenario otro contrato de servicios profesionales con un abogado, pero para la época en que fue suscrito -7 de marzo de 2013-, el reporte negativo en mención había

sido eliminado, concretamente, desde el 13 de agosto de 2012, por lo que cualquier gestión que aquel hubiere realizado no tiene relación directa con lo que acá se pretende y, por ende, la cancelación de los honorarios allí pactados no hacen parte del daño emergente reclamado.

Ahora, el lucro cesante pretendido, tal como lo infringió el *a quo*, no fue demostrado, pues, por un lado, ningún elemento de juicio da cuenta de que la actividad laboral de los actores fuese afectada por el tiempo invertido en las reclamaciones de los reportes, ni tampoco de cuáles eran sus ingresos; y, por el otro, la experticia adosada a la demanda ninguna convicción otorga sobre su producción ni tasación, pues, está soportado en meras especulaciones del perito, quien sin fundamento ni respaldo alguno lo determinó.

7.2. Perjuicios inmateriales:

En Colombia, tradicionalmente se concebía como daño extrapatrimonial: el moral y la vida de relación, pero la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 10297-2014 reconoció el causado a los derechos fundamentales como autónomo de los otros para su resarcimiento, pues, en un caso similar al aquí debatido, asentó:

“(…) el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional”.

En el caso aquí planteado, es evidente que no procedía la pretensión indemnizatoria del daño a la vida de relación, porque la ruptura de la relación familiar de los demandantes con el tío de la esposa del demandante, conforme lo atestó éste, no obedeció a los reportes ni a los cobros injustificados aquí referidos, sino por la ejecución iniciada en 1997.

Respecto a los perjuicios morales, la Corte Suprema de Justicia ha explicado: “[e]l daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo”.¹⁴

De tal manera, por pertenecer a la esfera íntima del individuo, sólo quien padece el dolor subjetivo conoce su intensidad, por lo que acreditarlo de forma objetiva es inadecuado, por cuanto no sería comunicado en su verdadera dimensión. De ahí, entonces, que sea el juez el encargado de regularlos a su arbitrio, toda vez que, en virtud al principio de imparcialidad, le está jurídicamente vedado a la parte misma la posibilidad de imponerlos.

En este litigio los testimonios de Ana Yadira Neuta Díaz, Inocencio María Villamil Sánchez, Edy Johana Neuta Díaz y María Julia Palma Beltrán acreditan que las frecuentes llamadas para el cobro de una obligación previamente saldada y de otra inexistente produjeron a los demandantes un gran malestar emocional, disgustos, angustias, preocupaciones e incomodidades, afecciones que el *a quo* tomó en consideración para su tasación, sólo que las refundió con el menoscabo irrogado al buen nombre de los actores -también tomó en cuenta el reporte de la información crediticia errada y el tiempo que permaneció vigente-, desconociendo el contenido del precedente citado inicialmente.

Y es que de acuerdo con la sentencia SC10297 de 2014, que resolvió una situación similar a la aquí controvertida,

“[L]a situación generadora del menoscabo al buen nombre (cargo tercero), como bien jurídico que goza de protección constitucional, se hizo derivar del reporte injustificado a las centrales de información; mientras que el hecho que dio origen al detrimento moral (cargo cuarto), según fuera expuesto por los actores, consistió en haberlos sometido durante mucho tiempo a constantes zozobras, angustias y vejámenes por el cobro frecuente de una obligación inexistente”.

No obstante, que el fallo mezcló los dos perjuicios en comentario, lo cierto es que en su valuación tuvo en cuenta los aspectos que

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de septiembre de 2009. M.P.: William Namén Vargas. Ref.: 2005-406-01

generaron uno y otro; de ahí que resulta innecesario modificar esa tasación bastando con aclarar que ella corresponde a ambos.

8. Sobre la mitigación del daño, otro de los reparos formulados por la entidad bancaria contra el fallo de primer grado, la cual comporta el deber de las víctimas de adoptar “medidas razonables” para menguar o evitar los perjuicios, anótese que sus orígenes se remontan al derecho anglosajón –*common law*- y no a los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, teniendo en la actualidad gran acogida en la normatividad comercial internacional, tras su incorporación en la Convención de Viena de 1980 - Compraventa Internacional de Mercaderías- y en los Principios de Unidroit.

En nuestro país, ha sido poco el desarrollo de la jurisprudencia y legislación nacional frente a tal obligación en la responsabilidad civil contractual o extracontractual, únicamente, en materia de seguros los artículos 1074 y 1078 del Código de Comercio la introduce para el asegurado y el beneficiario de forma expresa. No obstante, algunos sectores de la doctrina recogen aquella tesis y la encuadran en el marco de todas las relaciones negociales, como una consecuencia o derivación del principio de buena fe contractual consagrado en el artículo 1603 Código Civil, entendida como “la obligación de actuar con diligencia para reducir los propios daños”¹⁵.

Ese actuar con diligencia, implica que la víctima adopte medidas para evitar el impacto o disminuir los perjuicios, las cuales deben ser razonables, es decir, “*si en buena fe puede[n] esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida. Lo anterior se determinará según las acciones que una persona razonable ejecutaría en las mismas circunstancias*”.¹⁶

En el presente caso, aunque la ley ni la jurisprudencia determinen la necesidad de mitigar el daño, lo cierto es que, más allá de las medidas que pudieran haber adoptado los accionantes para obtener el levantamiento del reporte del reporte negativo, aquellas dependían exclusivamente de las demandadas, quienes eran la fuente de la información ante la central de riesgo crediticio y, por ende, les asistía la responsabilidad directa de corregir o actualizar los datos.

De ahí, entonces, que si el reporte negativo obedeció a un error de las entidades

accionadas, insistentes por demás en la existencia de obligaciones a cargo de los accionantes, pese a que no hay prueba de las mismas, como ya quedó claro, han de considerarse razonables las medidas que tomaron los accionantes para conjurar la situación, pues, desde el año 2009 (fls. 38-43, C.1) pidieron el paz y salvo de la obligación, e incluso acudieron a la Defensoría del Cliente del Banco BBVA S.A. (fl. 41-43, C.1) para remediar lo sucedido, y no fue sino hasta el 13 de agosto de 2012 que, con ocasión de una de sus peticiones (fl. 54, C.1), Crear País S.A. procedió a eliminar el dato de la CIFIN S.A.

Por consiguiente, no puede predicarse que los actores hayan asumido una actitud pasiva, o que no emplearon medidas razonables para menguar los daños, dado que la documentación aportada junto con la demanda denota diligencia y despliegue frente a lo ocurrido. Para la tasación de los perjuicios tampoco interesa cuánto hayan tardado las víctimas para iniciar las gestiones para restablecer la conducta lesiva, pues tanto en materia contractual como extracontractual opera el principio de reparación integral.

Y respecto a la existencia de reportes realizados por otras entidades comerciales en DataCrédito, según la certificación obrante a folio 499 a 503 del cuaderno 1, esa información es posterior a la fecha eliminación del dato (13/08/2012), por lo que tampoco tiene incidencia en la tasación de los perjuicios en cuestión.

9. Por último, la sanción prevista por el artículo 206 del Código General del Proceso (juramento estimatorio), es aquí inaplicable, porque no fue demostrada la mala fe ni la temeridad de los demandantes en el cálculo de los perjuicios materiales, pues, los montos señalados en su demanda los soportó con un dictamen pericial que si bien no fue acogido por no cumplir las exigencias del artículo 241 ibídem, sí sirvió de sustento razonable para elevar la súplica de la demanda.

10. En síntesis, el fallo impugnado será revocado en el ordinal cuarto y se procederá a la modificación del literal tercero para incluir la tasación de los perjuicios echados de menos por el *a quo*. En lo demás, se confirmará el fallo impugnado. Por otro lado, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación. (Art. 365, C.G.P.).

¹⁵ Rodríguez Fernández, Maximiliano. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. Revista de Derecho

Privado No. 15-2008. Universidad Externado de Colombia. Pág. 123.

¹⁶ Rodríguez Fernández, Maximiliano. Ob. Cit., pág. 134.

SALA LABORAL
**¿ES PROCEDENTE LA DECLARATORIA DE LA ILEGALIDAD EN LA
CONSTITUCIÓN DE UNA SUBDIRECTIVA SINDICAL, POR NO CONTAR CON EL
NÚMERO MÍNIMO DE 25 TRABAJADORES EN LA RESPECTIVA SEDE?**

MP DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

RADICADO: [11001310501120140018903](#)

ASPECTO FÁCTICO

Que el 28 de mayo de 2011, se reunieron algunos trabajadores y fundaron la “SECCIONAL CUNDINAMARCA DEL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE AÉREO “SINTRATAC”, la cual fue aprobada por unanimidad. El 3 de enero de 2012 en asamblea extraordinaria general de SINTRATAC, se aprobó la aclaración en el nombre de “SUBDIRECTIVA CHÍA”, sin embargo, en la respectiva acta de constitución se estableció que el 28 de mayo de 2011 se reunieron los 25 trabajadores para dar fundación al sindicato de trabajadores SINTRATAC – SUBDIRECTIVA CHÍA.

Adujo que cinco de los veinticinco miembros fundadores de la SUBDIRECTIVA CHÍA son trabajadores de AEROREPÚBLICA S.A., sin que dicha sociedad desarrolle alguna actividad en esa municipalidad, quienes además no tienen domicilio en Chía y como consecuencia de ello, no se cumplió con el requisito de contar con 25 miembros en dicha localidad, así mismo que los demás miembros eran trabajadores de AMERICAN AIRLINES INC SUCURSAL COLOMBIA, AVIANCA S.A., LATAM AIRLINES GROUP S.A. SUCURSAL COLOMBIA Y HELICOL S.A., quienes tampoco cumplen las condiciones establecidas en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990.

Que el sindicato solicitó ante el Ministerio del Trabajo la inscripción de la constitución de la Subdirectiva - Chía, presentando el acta de fundación y la elección de la Junta Directiva, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 359 y 366 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que cinco miembros fundadores no residían o prestaban sus servicios en el municipio. Pese a ello, el Ministerio del Trabajo expidió un documento denominado “CONSTANCIA DE DEPÓSITO JUNTA DIRECTIVA (FUNDACIÓN)” No. 11 del 2 de junio de 2011, y en la misma fecha, el inspector de trabajo de Chía depositó la Junta Directiva del Sindicato Subdirectiva Chía.

PROBLEMA JURÍDICO

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, se establecerá si procede la declaratoria de la ilegalidad de la constitución del sindicato de los trabajadores

del transporte aéreo colombiano “SINTRATAC – SUBDIRECTIVA CHÍA”.

ANÁLISIS DE LA SALA

De las Subdirectivas Sindicales.

Pretende la sociedad Aerorepública S.A., que se ordene al Ministerio del Trabajo dejar sin efectos la inscripción de la Junta Directiva atinente a la creación de la Subdirectiva Chía del Sindicato de los trabajadores del transporte aéreo colombiano “SINTRATAC”, por considerar que fue constituida sin el lleno de los requisitos, en tanto cinco (5) de los veinticinco (25) miembros fundadores, son trabajadores de su compañía y desempeñan sus cargos en la Ciudad de Bogotá y no tienen domicilio en el Municipio de Chía, además que no tienen establecimientos de comercio en ese Municipio.

Pretensiones a las que se opuso el sindicato, en tanto sostiene se cumplió con los requisitos para su creación, en tanto las normativas superiores así como el C.S.T. no exigen en manera alguna como requisito el domicilio de los trabajadores fundadores ni la existencia de establecimientos de comercio.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el artículo 55 de la ley 50 de 1990, establece:

“Directivas seccionales. Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de subdirectivas seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros.

“Igualmente se podrá prever la creación de comités seccionales en aquellos municipios distintos al domicilio principal o el domicilio de las subdirectivas y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros.

“No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio”.

Dicha normativa fue demandada por considerar que desconocía, entre otros

aspectos, i) el carácter democrático y participativo al establecer la ley una limitación a los sindicatos para la configuración de sus estructuras internas, ii) el derecho de asociación como también el derecho de asociación y libertad sindical previstos en la Constitución y convenios internacionales para darse de manera autónoma sus propios estatutos y definir su dirección y organización, iii) **la participación plena en la vida sindical al circunscribir su creación a la municipalidad e impedir su ejercicio por los trabajadores que residen y trabajan en municipios diferentes atendiendo la extensión geográfica del país,** y iv) la posibilidad de crear más de una subdirectiva o comité por municipio cuando se tienen numerosos afiliados.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-043/06, consideró que debía estarse a lo resuelto en la Sentencia 115 de 1991, proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que declaró exequibles las expresiones: **“y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros”** y **“en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros”**, contenidas en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 y en lo demás que dicha norma era exequible por las siguientes razones:

“En efecto, el derecho de asociación sindical no es un derecho absoluto, lo que implica que puede estar sujeto a restricciones para los efectos contemplados en los Convenios Internacionales, así como igualmente a aquellas que le está permitido imponer al legislador en la medida que no afecten su núcleo esencial, lo desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio.

*“Por ende, al contemplar las normas acusadas que se podrá prever en los estatutos sindicales, tanto la creación de subdirectivas seccionales en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal, como la creación de comités seccionales también en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva; y, que no podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio, **no se viola la Constitución ni los convenios internacionales que en materia de asociación y libertad sindical se integran al bloque de constitucionalidad según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, por cuanto la estructura interna y funcionamiento***

de los sindicatos deben sujetarse a las restricciones impuestas por el orden legal, las cuales, para el caso, no resultan irrazonables ni desproporcionadas, ni violan el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad sindical.

“Por el contrario, las exigencias establecidas en las normas acusadas resultan mas bien necesarias y proporcionadas a la finalidad perseguida como lo es el garantizar la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos en un ambiente democrático y participativo. Permitir la creación de subdirectivas y comités seccionales, en aquellos municipios distintos al del domicilio principal del sindicato, e indicar que no podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio, apenas impone unos requisitos mínimos e indispensables para el normal funcionamiento y organización de un sindicato, que permiten ampliar su campo de acción y así garantizar los derechos de asociación y libertad sindical, así como el de participación de quienes lo integran”.

Ahora bien, en lo atinente a la creación de subdirectivas sindicales, el Consejo de Estado ha precisado en diferentes providencias tales como sentencia del 7 de mayo de 1998, expediente núm. 15627, sentencia con rad. 11001-03-25-000-1998-00200-01(7833), del 17 de mayo de 2002, en la que reiteraron el concepto de la Sala de Consulta de 6 de junio de 1995, Radicación núm. 694, que:

*“No es jurídicamente viable la creación de subdirectivas seccionales mediante la suma de afiliados a un sindicato en varios municipios, porque el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 dispone que tales subdirectivas solamente pueden conformarse en municipio distinto al del domicilio principal y en el que tenga el sindicato **“un número no inferior a veinticinco (25) miembros”**.*

“El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe negar la inscripción de aquellas directivas seccionales sindicales que hayan sido conformadas por afiliados de varios municipios, porque esta forma de integración es contraria a la regulación prevista en la Ley 50 de 1990.

“Las subdirectivas seccionales sindicales, una vez creadas conforme a la ley, pueden ampliar su órbita de cobertura y representar afiliados al sindicato de un municipio o municipios distintos al de su domicilio, siempre que no exista el número mínimo de miembros para crear su propia subdirectiva seccional o el comité respectivo”

En este mismo sentido, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del 3 de marzo de 2011, rad. 2037-2004, concluyó que la función natural de una directiva sindical es la de dirigir la actividad sindical propia de la organización, para defender los intereses de sus asociados, celebrar convenios colectivos, velar por su cumplimiento, propugnar por un clima de entendimiento en sus relaciones con el empleador, y por ello, que la creación de las subdirectivas debe ser en Municipios donde existan lugares de trabajo, es decir que se impone la existencia del mínimo de sindicalizados en la seccional en donde se pretenda constituir la subdirectiva. En efecto, dicha Corporación señaló con voz de autoridad:

“[...] Con relación a las afiliaciones mínimas exigidas para conformar una subdirectiva (25) o un Comité Regional (12), estas deben provenir de sindicalizados que laboren en el municipio donde se cree o funcione cualquiera de esas subdivisiones”

“[...] Para la creación de una subdirectiva seccional es requisito indispensable que en el Municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a veinticinco (25) afiliados. Por consiguiente, la ley no permite que con el propósito de alcanzar el mínimo requerido, puedan unirse o reunirse afiliados de varios municipios.

“Ciertamente para la debida constitución de una subdirectiva seccional es menester que el sindicato tenga no menos de veinticinco (25) miembros en un determinado municipio”

“[...] La función natural de una directiva sindical es la de dirigir la actividad sindical propia de la organización, que se contrae a defender los intereses de sus asociados, celebrar convenios colectivos, velar por su cumplimiento, propugnar por un clima de entendimiento en sus

relaciones con el empleador y otras no menos importantes, como promover el mejoramiento y defensa de las condiciones de trabajo, propulsar el acercamiento de patronos y trabajadores sobre las bases de justicia, de mutuo respeto y de subordinación a la ley, asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos emanados del contrato y representarlos ante los patronos, gestiones todas que por razones de simple lógica, tratándose de un sindicato de empresa, deben ejercerse por los sindicalizados miembros que laboren en la dependencia sede donde funciona la seccional, pues es allí en donde se realiza la actividad laboral de los asociados.

“De manera que aunque algunas funciones mutuales del sindicato bien pueden ejercerse en cualquier sitio, la actividad sindical propiamente dicha se ejerce en los lugares de trabajo, lo que impone la existencia del mínimo de sindicalizados en la seccional sede en donde se pretende constituir la subdirectiva”.

A juicio de la Sala, le asiste razón a la sociedad demandante en tanto de las pruebas documentales y los nombres de los trabajadores que conformaron la fundación de la subdirectiva (fls. 213 a 215), se demuestra que cinco (5) de ellos, esto es, Andrés Ramírez, Elkin Enrique Rodríguez Moreno, Marisol Quiroga Zambrano, Diana Patricia Mayorga Monsalve y Luís Enrique Castillo Malagón, tienen su domicilio y laboran en Bogotá, y por otra parte no existe medio de convicción que permita afirmar que la empresa demandante o las restantes a las que pertenecen los integrantes de la Subdirectiva, tengan sede de trabajo en el Municipio de Chía, pero si en gracia de discusión existiera, lo cierto es que se encuentra plenamente demostrado que los trabajadores en mención prestan sus servicios en esta Ciudad.

En este sentido, la constitución de la Subdirectiva no se constituyó con el lleno de los requisitos, es decir no cumplía con el número mínimo de veinticinco (25) trabajadores para constituirse y por ello debe ordenarse que se deje sin efectos la inscripción de la misma ante el Ministerio de Trabajo.

Como corolario de lo anterior habrá de confirmarse la sentencia objeto de alzada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, en cuantía equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.