

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 11 – Marzo 2013

PRESENTACIÓN

Es grato continuar con la compilación de providencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para lo cual presentamos el boletín No. 011, correspondiente al mes de marzo de dos mil trece (2.013), en él se plantean los criterios doctrinales y jurisprudenciales plasmados en las decisiones emitidas por los Magistrados de ésta Corporación en las diversas áreas de su competencia.

Se presentan en esta nueva edición tres sentencias civiles, tres laborales y tres penales así como dos constitucionales, que dan cuenta de la profundidad de los temas tratados y de la diversidad de conflictos sometidos a nuestra jurisdicción, que implican la necesidad de estar cada día mayor preparados, mejor estructurados y conscientes de la aplicación del Derechos sustancial y procesal contemporáneo, acorde con el avance de la ciencia, la tecnología y la modernización de nuestra sociedad, todo lo cual ha merecido nuestro esfuerzo por prepararnos en las diversas áreas del conocimiento con especializaciones , maestrías y doctorados, como una actitud responsable frente a quienes solicitan de nosotros el servicio de justicia, pronta, efectiva y eficaz.

Solo con decisiones ponderadas, justas, equitativas y jurídicamente bien argumentadas y sustentadas podemos convertir esta sociedad en crisis en una que crea más en las instituciones y resolver los conflictos de manera civilizada para alcanzar la tan anhelada paz en nuestro País.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Presidenta Tribunal Superior



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 11 – Marzo 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

NULIDAD PROCESAL POR FALTA DE COMPETENCIA-Improcedente por no estar sometido el asunto a la Superintendencia de Sociedades/ **IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE JUNTA DE SOCIOS**-Mecanismo de protección y control/**SOCIO DISIDENTE, AUSENTE Y ABSTENSIONISTA**-Conceptos/Diferencias/**ACTOS SOCIETARIOS VICIADOS**-Sólo pueden atacarse si producen ineficacia, nulidad o inoponibilidad/**SOCIO ABSTENCIONISTA**-No está legitimado para impugnar decisiones sociales

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se observa que uno de los socios pretende impugnar una decisión de la Junta de socios, frente a la cual aduce está viciada de nulidad, por lo tanto, solicita se deje sin efectos jurídicos y vuelvan las cosas a su estado anterior.

Extractos: “1. *Facultad de la Superintendencia de Sociedades para conocer procesos de impugnación de actas de asambleas o juntas de socios.*”

Como en efecto lo aduce el apoderado de la parte demandada, el art. 137 de la Ley 446 de 1998 confiere también a la Superintendencia de Sociedades competencia para conocer de los procesos de impugnación de actas de asambleas o juntas de socios, de sociedades vigiladas por esa entidad; y a tenor de lo previsto por el Decreto 4350 de Diciembre 4 de 2006, vigente para la época en que se efectuó la reunión en que se adoptaron las decisiones impugnadas y en que se presentó la demanda que nos ocupa, no está demostrado en este proceso que la empresa INDUSTRIAS SEDAL LIMITADA se encuentre en alguna de las condiciones previstas en dicho Decreto, por lo cual no puede considerarse que la mencionada sociedad sea de aquellas sometidas a vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, y que por ende dicha entidad contara con competencia para conocer del proceso de impugnación de las decisiones adoptadas por la asamblea o junta de socios.

De otra parte, vista la Resolución obrante a folios 121 a 128 del cuaderno de primera instancia, se observa que lo actuado por la Superintendencia de Sociedades hace relación a un procedimiento administrativo para impartir órdenes al representante legal de la sociedad demandada, con relación a asuntos que aunque hacen parte de la reunión donde se adoptó la decisión ahora impugnada, son diferentes a las causas de impugnación planteadas en este proceso; razones por las cuales no se estructura la causal de nulidad sobreviniente invocada por la parte demandada, por lo cual el litigio ha de ser desatado en esta instancia.

2. La legitimación en causa en los procesos de impugnación de las decisiones adoptadas por las asambleas o juntas de socios en las sociedades comerciales.-

Precisa indicar en torno a la acción que nos ocupa, que *“la impugnación es un mecanismo de protección y de control encaminado a proteger a los asociados, cuando la junta o asamblea se extralimita en sus funciones o facultades y es, además, el medio ideal para ejercer el control de la legalidad de las decisiones sociales”*¹, establecido por el legislador ante la necesidad de dar una respuesta adecuada a las exigencias derivadas de principios dignos de protección, pero contrapuestos en materia societaria, como son el de la estabilidad de las decisiones sociales y la protección del socio minoritario frente a decisiones adoptadas por las mayorías que resulten en contravención con la ley, los Estatutos y normas que los desarrollen.

Es así que la Asamblea General o la Junta General o de Socios, según se trate de cooperativas o sociedades comerciales, constituyen el órgano supremo de la entidad, y como tales son las encargadas de dirigir u orientar la actividad societaria; pero esa preeminencia no supone que tenga competencias ilimitadas, pues los acuerdos que aprueben deben estar ajustados a las normas legales y contractuales, lo cual es controlable por los mismos socios mediante el mecanismo judicial de la impugnación de las decisiones adoptadas por dicho órgano social.

Centrándonos entonces en el aspecto concreto de la legitimación activa para el ejercicio de la aludida acción, observamos que el art. 191 del Código de Comercio establece que la tienen *“Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes...”*. En relación con los dos primeros ninguna dificultad existe en cuanto a su determinación puesto que son personas que vienen previamente designadas para el ejercicio de tales cargos, con reconocimiento público mediante la inserción de los nombres respectivos en el registro público que se lleva ante las Cámaras de Comercio; y en cuanto a los socios ausentes, son aquellos que por alguna razón no han comparecido a la reunión respectiva directamente o mediante representación, o que habiendo asistido se retiraron dejando constancia de ello.

Precisa en cambio para el estudio del presente caso, aclarar el concepto de socio disidente; y al respecto encontramos en la Enciclopedia Virtual Libre Wikipedia que el concepto disidencia significa *“... (Del lat. *dissentītia*) se entiende como la expresión formal de un desacuerdo parcial o total respecto de otros criterios individuales o colectivos, con connotación auto excluyente, en ocasiones, con el orden establecido en la sociedad o en alguno de sus ámbitos derivados...”*²; definición de la cual se deriva en relación con el tema que nos ocupa, que socio disidente es aquel accionista asistente a la junta o reunión, que teniendo derecho a voto, ha hecho constar en el acta su oposición al acuerdo general o específico que hubieren adoptado los socios mayoritarios; sin que pueda considerarse que tiene esa condición, el socio abstencionista, es decir, aquel que se inhibe de votar, pues la norma citada no consagra la posibilidad de que el socio que en uso de la autonomía de la voluntad, haya desechado la posibilidad de emitir voto contrario a las decisiones sociales adoptadas en la reunión o junta de que se trate, pueda posteriormente demandar la nulidad de los actos realizados.

¹ GIL, Jorge Hernán. “La impugnación de las decisiones sociales”. Revista de Derecho Mercantil. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1988. Pág. 45.

² Visto en la página web es.wikipedia.org en Enero 31 de 2013, a las 4:42 p.m.

Sobre este particular, la Superintendencia de Sociedades, en Oficio 220-51298 del 7 de Octubre de 2002³, señaló: “...si del acta controvertida se desprende prima facie que la accionante asistió a la junta de socios (...), sin haber demostrado reparo alguno lo que allí se dijo, no tendrá esa calidad de socia ausente o disidente, y por ende, no estaría facultada para impugnar las actas, que es en resumidas cuentas el acto procesal permitido...”

3. De los procesos de impugnación de las decisiones adoptadas por las asambleas o juntas de socios en las sociedades comerciales.-

Conviene puntualizar que a través de este proceso resulta procedente atacar solo las decisiones sociales que se consideren viciadas de nulidad en los términos previstos en los artículos 190 y 899 del Código de Comercio.

Para mejor comprensión del tema, hemos entonces de indicar que las decisiones sociales pueden estar viciadas de:

- **Ineficacia:** Por haberse adoptado en una reunión celebrada en contravención a lo previsto en el art. 186 del Código de Comercio, que establece que “*Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum...*”. Como quiera que la ineficacia opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial como lo prescribe el art. 897 ibídem, en punto de los acuerdos sociales la Cámara de Comercio respectiva pueden abstenerse de registrar el acto ineficaz.
- **Nulidad:** Son absolutamente nulas las decisiones tomadas en reunión de asamblea general o de junta de socios sin la mayoría de votos prescritos en la ley o en los estatutos, los que exceden el límite del objeto social o no corresponden a las facultades de la asamblea o junta de socios, y aquellos que contraríen disposiciones imperativas o de orden público, o adolezcan de objeto o causa ilícita o en la adopción de las mismas haya participado persona absolutamente incapaz, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 186, 192 y 899 del Código de Comercio; acción que deberá ejercerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la reunión en que sea adoptada la decisión cuestionada o de su inscripción en el registro mercantil.
- **Inoponibilidad:** Es una forma de ineficacia relativa, pues solo se predica respecto de los socios ausentes y disidentes, y con relación a decisiones tomadas en reuniones que no tengan el carácter de generales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 186 y 188 del Código de Comercio.

De estos vicios, se repite, solo los que conducen a declaratoria de nulidad, compete declararlos a la jurisdicción, pues los que conciernen a la ineficacia e inoponibilidad no requieren de declaración judicial.

4. Análisis del Caso Concreto

Descendiendo al caso sub-júdice, ha de abordarse en primer lugar el tema de la legitimidad en causa por activa, toda vez que de una parte, debe el juzgador antes de emitir

³ Citado por GIL, Echeverry Jorge Hernán. Impugnación de Decisiones Societarias. Legis Editores S.A. Primera Edición 2010. Bogotá. p.327

pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, asegurarse que quienes fungen como partes activa y pasiva en el litigio, estén asistidos de interés jurídico para actuar y resistir la pretensión, a efectos de que la sentencia se profiera frente a quienes se encuentran legitimados para acceder al derecho pretendido y para satisfacerlo.

En este sentido, haciendo una revisión del certificado de existencia y representación de la sociedad demandada (fls.12-14) se advierte que el demandante JORGE JOSÉ NASSAR COLL es socio de la sociedad demandada INDUSTRIAS SEDAL LIMITADA. Así mismo, de la continuación de la reunión de Junta de Socios de dicha empresa, contenida en el No.34 de Octubre 1° de 2007 (fls.12-15), el mencionado socio y ahora demandante estuvo representado por la doctora AMALFI MARÍA GAVIRIA RAMOS de acuerdo con el poder que le confirió para tal efecto; togada ésta que en relación con la decisión específica cuestionada en esta sede judicial, de creación del cargo de Director Nacional de Ventas, manifestó en ejercicio del poder conferido que se abstenía de votar los temas tratados, como reza a folio 14 del expediente, por lo cual se tiene que el demandante JORGE NASSAR COLL no puede ser considerado socio ausente porque estuvo en la reunión de Junta de Socios actuando a través de mandataria, y tampoco disidente porque su representante no emitió oposición alguna a lo allí decidido. La apoderada se abstuvo de votar los acuerdos de la Junta de Socios, de manera que el socio JORGE NASSAR COLL puede ser considerado socio abstencionista, y las disposiciones legales que sobre este aspecto han sido expuestas en esta providencia, contenidas en el Código Mercantil no otorgan legitimidad al socio abstencionista para demandar las decisiones de la Asamblea General o de la Junta de Socios; razón suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones del actor, lo que impone la revocatoria de la providencia impugnada, exonerando además a esta Sala de analizar los demás problemas jurídicos planteados.”

FUENTE NORMATIVA: art. 137 de la Ley 446 de 1998, Decreto 4350 de Diciembre 4 de 2006, Superintendencia de Sociedades, en Oficio 220-51298 del 7 de Octubre de 2002, artículos 186, 188, 190, 191, 192 y 899 del Código de Comercio.

DEMANDANTE: Jorge Nassar Coll

DEMANDADO: Industrias Sedal Limitada

FECHA: 19 De Febrero De 2013

RADICACIÓN: 36.599 (08-001-31-03-014-2007-00268-01)

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Declara probada excepción de mérito. Condena en costas.

ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL- Imitación de productos/ INDUCCIÓN EN ERROR AL CONSUMIDOR-Sobre el establecimiento de comercio, las prestaciones comerciales o la actividad del productor/**PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN DE UNA ESTRATEGIA DESLEAL-**No fue demostrada en el proceso

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte demandante solicita que se declare la existencia de actos de competencia desleal por parte del demandado, como quiera que estima que se ha inducido en error a los consumidores, lo cual ha mermado en la comercialización de sus productos.

Extractos: “5.4.1. Bien establecido el problema jurídico, que se encara, tal la aseveración de actos de competencia desleal por parte de la empresa demandada SAYSA, frente a los productos de la misma línea comercializados por EL REY, que se presentan al público de forma casi idéntica a la que viene ostentando de tiempo atrás, en tamaño, contenido,

empaques, colores, letras, etc., ubicadas estratégicamente a su lado, que llevan al público en general a confundirse al adquirirlos, en las grandes superficies de la costa atlántica, incurriendo en las conductas desleales, específicamente las contenidas en los artículos 7, 8, 10, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996.

Procede a continuación la Sala, a analizar las pruebas obrantes en el informativo, a lo que se aúnan, los hechos probados y los que debían tenerse como indicios graves en contra de SAYSA, así declarados por la Superintendencia (autos No 1170 y 1377 de 2009), precisando que se encuentra demostrado que:

La empresa EL REY fundada en 1940, comercializa desde 2002 sus especias en una presentación denominada “chapeta” registrada como marca, que tiene sus propias características, disposición de colores, elementos gráficos, ventanas y tipos de letras, claramente identificable por el consumidor.

Que la empresa El REY, es líder en el mercado de condimentos, que comercializa, entre otros lugares en la zona de la costa atlántica en almacenes de grandes superficies, supermercados, tiendas, etc.

Su competidor SAYSA, igualmente comercializa condimentos en la zona de la costa atlántica, en los mismos establecimientos que los productos del actor, y se ubican en forma próxima a los productos de EL REY, exhibidos de forma vertical en los espacios dispuestos por los almacenes, en góndolas donde se encuentran las distintas marcas de condimentos.

Que la empresa SAYSA, lanzó en diciembre de 2006, una nueva presentación de sus productos, variando la presentación que en antecedencia utilizaba.

Para llegar a esta nueva presentación e impulsar su marca SAYSA, contrató los servicios de un consultor de mercadeo para “redireccionar la compañía” y luego de evaluar las estrategias de los distintos competidores, recomendó a SAYSA ubicar sus productos con la nueva presentación “junto con los líderes”.

Que es usual en el mercado de condimentos, que los productos se presenten en “chapetas”, bolsa plástica o de papel celofán transparente, que permite visualizar la especie, empaque al que se añaden elementos característicos de cada fabricante (colores y signos distintivos).

Que el color rojo, es de común utilización en los empaques de condimentos deshidratados.

5.4.2. Se expresa por el actor que SAYSA, quebrantó la cláusula general de competencia desleal (Art. 7° LCD), que implica violación del respeto en todas sus actuaciones, del principio de la buena fe comercial⁴, y las sanas costumbres mercantiles⁵, vulneración que se remarca, lo constituye el utilizar algunos aspectos incluidos en la presentación de EL REY, circunstancia que conlleva a la configuración de la conducta.

Asevera que Saysia contrató un servicio de asesoría en mercadeo, a fin de redireccionar su estrategia comercial, que resultó violatoria de la buena fe comercial, en tanto supuso la planeación y ejecución de una estrategia desleal basada en la imitación sistemática, exacta

⁴ Supone que en los actos de los comerciantes deben ajustarse a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad con respecto a los demás competidores.

⁵ Parámetros bajo los cuales se evalúan las conductas de los participantes en el mercado.

y minuciosa de sus presentaciones, aprovechándose de su reputación y liderazgo, con el fin de generar confusión y realizar una ventaja competitiva desleal en perjuicio de la demandante, específicamente el cambio de chapeta verde con solapa de cartón, por la chapeta similarmente confundible con el empaque comercializado por EL REY desde el año 2002 y por la ubicación de los productos al lado de los de la demandante en los establecimientos de comercio; una vez implementada su nueva estrategia comercial consistente en imitar el empaque de EL REY y situarse en las exhibiciones al lado de los productos de esta, incremento sus ventas de chapetas de forma considerable llegando tal crecimiento al 81.55% de sus ventas.

5.4.3. Ninguna dificultad encuentra la Sala al establecer que es cierto por encontrarse debidamente probado, que la empresa SAYSA, contrató un servicio de asesoría en mercado para redireccionar su estrategia comercial, que culminó en nuevo diseño para la presentación de los productos que comercializa (especias), cambiando la que en antecedencia traía por una nueva.

Esta nueva presentación, acorde con lo expuesto por el actor, supone una “planeación y ejecución de una estrategia desleal” basada en la imitación sistemática, exacta y minuciosa.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley 256 de 1996, dispone:

“ARTÍCULO 14. ACTOS DE IMITACIÓN. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.”

La interpretación del aludido texto, nos permite inferir que la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales, es libre, salvo que estén amparadas legalmente.

No obstante, tal imitación exacta y minuciosa se considera desleal, cuando:

- i) Genere confusión
- ii) Impida u obstaculice su afirmación en el mercado.
- iii) Cree exceso de la respuesta natural del mercado

Esta regulación ha sido ampliamente criticada por la doctrina y por ello la jurisprudencia ha señalado que no se puede reprochar o sancionar al empresario que, respondiendo naturalmente a las circunstancias del mercado, incurra en prácticas de imitación, dado que en razón de las garantías de la libertad económica, las puede realizar siempre que no afecte a los consumidores y/o a los empresarios imitados.

“Cuando no existen, o han expirado, derechos de exclusividad derivados de la propiedad industrial —y esta premisa es particularmente trascendente—, no es posible prohibir,

meramente por ser tal, la imitación de una prestación mercantil, habida cuenta que, de un lado, se tornaría inútil la regulación relativa a la concesión de los derechos de exclusividad, que suele ser de carácter temporal y restrictiva en la materia, para dar cabida, por vía de una supuesta prohibición derivada de los supuestos mandatos de competencia desleal, a una protección superlativa y perpetua, con la concerniente formación de monopolios no sólo no amparados por la ley, sino, en principio, repudiados por ella, amén que se vulneraría la reglamentación de los derechos de exclusividad inherentes a la propiedad industrial en la medida en que por la senda de una hipotética proscripción de la competencia desleal se podría obtener la protección de creaciones que son dominio público por carecer de los requisitos exigidos por esa normatividad (v. gr., los relativos a la novedad de la creación o a la actividad inventiva del autor, etc.), sin olvidar que se pondría en entredicho la seguridad jurídica, toda vez que los competidores no sabrían a qué atenerse pues la regla en el punto es que una creación puede ser libremente imitada a menos que goce de un derecho de exclusividad (...).

(...)

No podría estigmatizarse al empresario acucioso que tiene en cuenta el estado de la técnica para poder satisfacer la finalidad del consumo, ni puede obligársele a que modifique el producto en detrimento de su calidad o de un encarecimiento del precio. Los mandatos constitucionales que estimulan el desarrollo y la competitividad legitiman la imitación de aquellas creaciones que carecen de los requisitos necesarios para la obtención de un derecho legal de monopolio. A los participantes en el mercado les es dable tomar como base de su producción el estado de la técnica de una forma barata. De manera que muy a pesar de que pudieran existir otras formas para lograr el mismo fin, al imitador no se le pueden imponer los costes de buscar otra solución técnica”⁶

La Real Academia de la Lengua se refiere a la imitación como acto de imitar e imitar como “Ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa”⁷ y en otro significado “Hacer o esforzarse por hacer algo lo mismo que otro o según el estilo de otro.”⁸

La imitación es hacer una cosa igual o similar a otra ya existente con anterioridad, o al menos esforzarse por hacerlo.

La confusión que se asevera encuadra en la conducta de SAYSA, dado que el consumidor lo adquiere pensando que adquiere condimentos EL REY, atribuyéndole el mismo origen empresarial en razón de las semejanzas (aspectos comunes de la categoría, expresiones descriptivas del tipo de los productos, aspectos coincidentes), no es tal.

Los actos de creación de confusión, están destinados a que el público (los consumidores), incurra en error sobre el establecimiento de comercio, las prestaciones comerciales o la actividad de otro (s) empresario (s).

Tal como lo indica Velásquez Restrepo, en estos actos “*se confunde al consumidor, cuando basado en artificios o engaños se crea en él un error; se provoca en el consumidor un concepto errado, del cual el comerciante obtiene un provecho a favor de sus establecimientos, productos o servicios y que finalmente repercute en un incremento patrimonial. La causa de este incremento patrimonial, el motivo que la origina este enriquecimiento, no es otro que la*

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de Diciembre de 2005, Expediente Rad No. 4018. MP: Pedro Octavio Munar Cadena.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://lema.rae.es/drae/?val=imitaci%C3%B3n> . 1.

⁸ Ibídem. 3.

confusión creada por el comerciante, intencional o no, y que finalmente sirve de motivo a la decisión del consumidor para preferir su establecimiento, productos o servicio.”⁹ Señalando que se refiere al “ciudadano de mediano cuidado y mediana diligencia, por cuanto así actúan generalmente las personas” por cuanto un consumidor experto, no incurriría en el error.

El estudio realizado por Do Marketing & Research, respecto de la “Imagen y reconocimiento de la imagen visual de la marca El Rey”, cuyo objetivo lo constituía identificar los atributos de imagen y posicionamiento de la marca EL REY, frente a la competencia desde el punto de vista de su imagen visual en las ciudades de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, en el periodo 8 al 12 de julio de 2008, con una muestra de 200 mujeres en cada ciudad para un total de 600, establece que un 49% de las personas entrevistadas se dirigen al supermercado para comprar condimentos, siendo la ciudad de Cartagena la que tiene el mayor índice, con un 70%.

La primera marca que se le viene a la cabeza a las entrevistadas es Sasoned con un 46%, **el tercer lugar para El Rey con un 19%, y el sexto lugar para Saysa, con un 2%.**

Respecto del conocimiento espontáneo, incluyendo el Top of Mind, Sasoned ocupa el primer lugar con el 73%; **El Rey el segundo lugar con el 62% y Saysa el sexto lugar con un 18%.**

La marca El Rey es conocida por el 95% de los encuestados y Saysa ocupa el séptimo lugar del conocimiento con un 41% (inducido y espontáneo).

Respecto de la percepción de la marca, asociando El Rey al color rojo, un 88% respondió positivamente.

Al efectuar el comparativo de los empaques sin ninguna inscripción o letras, a las encuestadas mayormente les parece SIMILARES así: en Cartagena 69%, en Barranquilla 70% y en Santa Marta 53%.

La respuesta espontánea del parecido, mayormente admite el color (65%), tamaño (43%), empaque (12%), diseño (11%), y concluye este estudio que *“dados los resultados, es claro que gracias a la similitud entre los dos empaques presentados, **la posibilidad de confusión puede llegar a ser superior al 50%”¹⁰.***

Razón para que la Sala deje claramente establecido que el estudio de la empresa Do Marketing, referido a la imagen y reconocimiento visual de la marca El Rey, indica que en las tres ciudades de la costa, las personas encuestadas, recuerdan al hablar de condimentos, a El Rey en tercer lugar con un 19% y a Saysa en el sexto lugar con un 2%; que el conocimiento total de la marca, que incluye el conocimiento inducido más el conocimiento espontáneo, refiere a El Rey en el primer lugar con un 95% y a Saysa en séptimo lugar con un 41%; la percepción de la marca El Rey es asociada con el color rojo en un 88% y el comparativo de los empaques El Rey vs Saysa, lo asume el 64% de los encuestados como similares y el 36% como diferentes y en referencia al color en 65% y al

⁹ VELASQUEZ RESTREPO. Opc. Cit. p. 242

¹⁰ Folio 36 del estudio.

tamaño 43%, y concluye en una *“posibilidad de confusión que puede llegar a ser superior al 50%”*.

Denota la Sala que SAYSA S.A. solicitó el registro de las marcas cuyo uso ha sido señalado por la actora como acto constitutivo de competencia desleal, y en los siete expedientes conformados ante la Superintendencia de Industria y Comercio, El Rey formuló oposición y en todos los casos la SIC- Superintendencia Delegada para la propiedad intelectual-, determinó que no existe confusión entre dichas marcas y la marca registrada de El Rey y así lo expresó en la Resolución 16727 de 28 de mayo de 2008, al resolver el recurso de apelación respecto de la Resolución 2914 de 31 de enero de 2008 proferida por la Jefe de la División de Signos Distintivos:

6. Caso Concreto

Afirma el recurrente que la sociedad Fábrica de Productos Saysa, está incurriendo en actos de competencia desleal, como actos de desviación de la clientela, actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, explotación de la reputación ajena etc., ya que el empaque en el que comercializa los productos es muy similar al utilizado por Fabrica de Especias El Rey y de Productos el Rey.

Al respecto es preciso señalar que como ya se mencionó, de los signos confrontados no se deriva riesgo de confusión alguno, ya que el elemento nominativo utilizado en cada una de ellas es diferente, vale decir, SABOR SAZON SAYSA en la marca solicitada y SAZONAREY, SAZONAREINA Y SAZONATIGRE EL TIGRE en las marcas registradas, por ende, evocan conceptos distintos. Así mismo, contienen una representación gráfica compuesta por diversos elementos figurativos que le otorgan suficiente distintividad a cada signo.

Por lo anterior, considera esta Delegatura que no existen indicios razonables que permitan concluir que el registro de la marca constituye un acto de competencia desleal, por lo que puede afirmarse que la marca objeto de la solicitud no se encuentra comprendida en la causal de irregistrabilidad establecido en el artículo 137 de la Decisión 4866 de la Comisión de la Comunidad Andina, pues como ya se mencionó, los indicios razonables deben estar debidamente probados en el trámite a través de pruebas pertinentes, conducentes y eficaces, lo cual no sucede en este caso, por lo que no puede ser tenida en cuenta tal afirmación.”

Y ese mismo razonamiento fue expuesto en la Resolución 16723; 16721; 16720, todas de mayo 28 de 2008; 15507 de 22 de mayo de 2008; 16728 de mayo 28 de 2008.

Todo lo anterior sin perjuicio del reconocimiento de Notoria de la marca El Rey (Resolución 43974 de agosto 31 de 2009) cuyo titular es la sociedad Fábrica de Especias y Productos El Rey S.A., conforme se evidencia en la aludida Resolución, expresando que el reconocimiento de notoriedad de la marca El Rey para distinguir condimentos se funda en que las pruebas daban cuenta del cumplimiento de los criterios cualitativos y cuantitativos necesarios para darle a la marca El Rey el status de marca notoria en Colombia.

5.4.4. Y menos encuentra demostrada la Sala la explotación de la reputación ajena, dado que debe entenderse por esta clase de actos *“el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el*

*mercado.*¹¹, es decir que consiste en la utilización no autorizada de los signos distintivos ajenos o de designaciones de falso origen o engañosas, aunque se señale la real procedencia del producto o de expresiones como: modelo, sistema, tipo, género, manera, imitación y similares.¹²

Este tipo de actos tienden a desviar la clientela del empresario usurpado hacia el empresario que usa falsamente la reputación o el good will del primero, es decir del usurpador, de allí se desprende lo que Almonacid Sierra y García Lozada llaman la *Competencia Parasitaria*, es decir la utilización de marcas ajenas, no con la finalidad de distinguir productos competitivos entre sí, sino para representar productos no competitivos, pero que existe de todas maneras, la utilización de signos distintivos ajenos o aprovechamiento del good will.

5.4.5. Viene expuesto por la SIC que *“La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no pueden enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8º a 19º de la citada ley 256, razón para que la evocación del Art. 7º no resulte viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.”* (Sentencia No. 0051 de 2011)

Así las cosas como las conductas denunciadas, pretenden la configuración de los actos desleales de confusión, desviación de la clientela, imitación, explotación de reputación ajena no resulta viable enmarcar la conducta el demandado en la cláusula general.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 7, 8, 10, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996, Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de Diciembre de 2005, Expediente Rad No. 4018. MP. Pedro Octavio Munar Cadena

DEMANDANTE: Fábrica De Especias Y Productos El Rey S.A.

DEMANDADO: Fábrica de Productos Saysa S.A.

FECHA: 1 De Marzo De 2013

RADICACIÓN: 36.874 (08-001-22-13-000-2012-00395-01)

DECISIÓN: Confirma Sentencia Apelada

RESOLUCIÓN DE CONTRATO INCUMPLIDO-Improcedencia para contratos de prestación de servicios médicos/Aplica la figura de la terminación/**SOLIDARIDAD**-Puede ser legal o contractual/**RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD**- Protección Legal/

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa Fáctica: En el presente caso se solicita se declare el incumplimiento de la demandada en el contrato de prestación de servicios médicos, suscrito con una I.P.S., de igual manera se solicita que se condene solidariamente a la E.P.S. de la cual eran afiliados los pacientes a los que se les suministraba el servicio

Extractos: “Descendiendo el estudio al caso en concreto le corresponde a la Sala determinar en el marco de éste, la configuración de cada uno de los presupuestos legales, conducentes

¹¹ Ley 256 de 1996. Artículo 15.

¹² ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA. Opc Cit. p. 280

a concretar la terminación del contrato celebrado, a saber: i) La existencia de un contrato bilateral válido, ii) El incumplimiento parcial o total de las obligaciones radicadas en cabeza de una de las partes, iii) El cumplimiento de las obligaciones de la parte radicadas en cabeza de la parte accionante.

1. La Existencia de un Contrato Bilateral Válido.

Conforme a los supuestos de hecho y el acervo probatorio construido en el desarrollo del trámite procesal, se ha podido determinar que el demandante suscribió un contrato de prestación de servicios de salud para los usuarios de la EPS HUMANAVIVIR S.A. con la sociedad SERVICIO MÉDICO FAMILIAR SERMEFAM LTDA. Así pues, a folio 16 y siguientes, se puede determinar a celebración del contrato de prestación de servicios de salud entre SERMEFAM LTDA y CUIDADOS MÉDICOS IPS LTDA, cuyo objeto se enmarcaba en la prestación de los servicios médicos de atención de primer nivel completo a los usuarios del Plan Obligatorio de Salud, Régimen Contributivo, afiliados a HUMANAVIVIR S.A. E.P.S, por incumplimiento de las obligaciones de dicho contrato. En este sentido, CUIDADOS MÉDICOS IPS LTDA se obligaba para con SERMEFAM, bajo su plena responsabilidad y dirección, a prestar los servicios médicos de atención del primer nivel completo a los usuarios del Plan Obligatorio de Salud, Régimen Contributivo, afiliados a HUMANAVIVIR S.A. EPS, mientras que SERMEFAM LTDA se obligaba a pagar a favor de la IPS los servicios definidos por la modalidad de capitación.

2. Incumplimiento del demandado total o parcial de las obligaciones pactadas.

Argumenta la parte demandante Cuidados Médicos IPS LTDA, que existe un incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de SERMEFAM LIMITADA en el marco de la celebración del contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre aquellas, específicamente la obligación contenida en el literal C de la Cláusula Tercera que hace referencia de manera específica a la cancelación oportuna de la suma que mensualmente facturara la IPS por concepto de las prestación de los servicios referidos y que a partir de ello, se declare a HUMANAVIVIR S.A. EPS, como obligada solidaria.

De esta forma, observa la sala que, conforme al acervo probatorio construido ha quedado plenamente demostrado dentro del plenario el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de SERMEFAM LTDA en el marco de la celebración del contrato suscrito entre ésta y CUIDADOS MÉDICOS IPS LTDA, habida cuenta de la falta de pago oportuno por parte de la demandada de las sumas facturadas por la IPS, con ocasión a la prestación de los servicios médicos de atención de primer nivel completo a los usuarios del Plan Obligatorio de Salud, Régimen Contributivo, afiliados a HUMANAVIVIR S.A. E.P.S. Así pues, a partir de la valoración probatoria realizada, para el punto en concreto, de las facturas referidas por la parte demandante que se allegaron al expediente (Folios 42– 161), las cuales fueron expedidas por aquella para el pago de los servicios médicos prestados, conforme a lo convenido en el negocio jurídico celebrado – clausula séptima-, en conjunto con la valoración del documento expedido por SERMEFAM LTDA, dentro del cual, conforme al artículo 93 del C.P.C, reconoce los supuestos de hechos expuestos por aquella, a través de la certificación de la existencia de la deuda insoluble, amparada por las facturas allegadas al expediente, a favor de Cuidados Médicos IPS. (Folio 194 y 195).

Además de ello se debe tener de presente en este punto que, en relación con las facturas presentadas expedidas por la parte demandante, que constituyen el documento contentivo de la suma solicitada por aquella, se debe señalar que al respecto de estas, la parte demandada, tanto SERMEFAM LTDA –quien como ya se señaló reconoció los supuestos de hechos expuestos por el demandante, sin oponerse a las pretensiones realizadas por aquella - como HUMANA VIVIR S.A. E.P.S., no allegaron al proceso medio probatorio alguno conducente a desvirtuar la existencia de la deuda referida por la parte accionante, que se determinó a partir de la valoración de las facturas referidas, así: (...)

Valga señalar en este punto que dentro del acervo probatorio construido, no se allega la factura 168 de 2003, relacionadas por la parte demandante, por lo cual esta Sala no la tiene de presente dentro del proceso de valoración realizado. Valga precisar en el mismo sentido que, si bien es cierto la cuantificación total de la obligación dentro del trámite de esta instancia es superior a la realizada por el Aquo, por el hecho de haber sido la parte demandada la única recurrente, presumiéndose la conformidad de la otra parte, no habrá lugar en esta instancia a modificar el valor determinado en la primera –salvo por la corrección monetaria-, para hacer más gravosa la situación de la parte demandada.

Bajo estos considerando y al encontrarse demostrado el incumplimiento en los pagos por parte de SERMEFAM LTDA, ha quedado configurado el elemento estudiado en este punto, referente a Incumplimiento del demandado total o parcial de las obligaciones pactadas.

3. Que el actor haya cumplido sus deberes, o por lo menos que se hubiese allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debido.

A partir de los supuestos de hecho y medios de prueba allegados al proceso para comprobar aquellos, se puede determinar que, efectivamente, la parte demandante, desde la celebración del negocio jurídico, cumplió con la obligación de prestación integral del servicio de banco de sangre, radicada sobre aquella al momento de la celebración del referido contrato

Consideraciones acerca de la Responsabilidad Solidaria

A partir de los fundamentos conforme a los cuales la parte demandada –HUMANA VIVIR- interpuso el recurso de apelación y en concordancia con las excepciones propuestas en primera instancia, se puede colegir que el ítem de inconformidad nuclear de la parte demandada se encuentra centrado en la inexistencia de la obligación de ésta frente a la parte demandante, bajo el supuesto que entre ésta y aquella no existía vínculo jurídico alguno, toda vez que el contrato de prestación de servicios referido, fue celebrado entre aquella y SERMEFAM, y que si bien es cierto que en dicho contrato se menciona a HUMANA VIVIR, no puede desprenderse de esto que la misma se convierta en obligada solidaria de la demandada. Señala que para que se le impute una solidaridad en la obligación a HUMANA VIVIR esta debió haber aceptado taxativamente la responsabilidad del pasivo de SERMEFAM, supuesto que no se evidencia en el caso estudiado. Razón por la cual, le corresponderá a esta Sala abordar el estudio sustancial acerca de la figura de responsabilidad solidaria frente en el negocio jurídico referenciado.

En este orden de ideas, debe precisar la Sala que el ordenamiento jurídico colombiano, de manera general, regula la figura referida, en el marco de la disposición establecida en el artículo 1568 del Código Civil, al determinar de manera expresa, las obligaciones solidarias de carácter legal y de carácter contractual. Así, en su tenor literal establece el referido

artículo que “*En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primera caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*

*Pero en virtud de la convención, del testamento o **de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.***

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”(Negrilla y Cursiva del Despacho)

Bajo esta disposición, se puede señalar que la solidaridad opera cuando esta ha sido determinada de manera expresa por las partes contractuales, como cuando se establece expresamente por mandato legal.

Para el caso bajo estudio, debemos señalar que el Decreto 050 de 2003 -cuyas disposiciones se aplican a cualquier persona natural o jurídica responsable de la generación, presupuestación, recaudo, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹³-, en el marco de la disposición establecida en el artículo 41 de ésta, establece que:

Los contratos por capitación que celebren las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud, no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los terceros contratados para la prestación de servicios deberán ser entidades o personas debidamente habilitadas para cumplir estas funciones conforme al Decreto 2309 de 2002 y demás normas vigentes. En la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por remisión a terceros.

Se considera práctica insegura, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios.

Será solidariamente responsable la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) y la Entidad Promotora de Salud (EPS) de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, cuando haya sido autorizada para el efecto...

En este sentido se debe precisar que, conforme a la disposición descrita, la figura de responsabilidad solidaria puede aplicarse de manera expresa frente a las Entidades Promotoras de Salud, con ocasión de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, siempre que aquella la haya autorizado a esta para tales efectos. Valga aclarar que, en este punto la normatividad descrita no hace referencia respecto al carácter de la autorización, lo cual conduce a señalar en que esta puede darse de manera expresa o tácita.

¹³ Decreto 050 de 2003. Artículo 1°.

Así las cosas, en el caso bajo examen tenemos que efectivamente entre la parte demandante CUIDADOS MÉDICOS IPS LTDA y SERVICIO MÉDICO FAMILIAR SERMEFAM LTDA, se celebró un contrato de prestación de servicios médicos de atención de primer nivel completo a los usuarios del Plan Obligatorio de Salud, Régimen Contributivo, afiliados a HUMANAVIVIR S.A. E.P.S (Folio 10 y siguientes del cuaderno principal No 2), lo que determina de manera inexorable la existencia de una relación jurídica entre esta última y SERMEFAM, encaminada a la prestación de los referidos servicios médicos.

Ahora bien, en cuanto a la autorización de la subcontratación requerida para la configuración de la responsabilidad solidaria, es necesario señalar que en el marco de la ejecución del contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre la Cuidados Médicos IPS Ltda. y SERMEFAM –configurativo de la subcontratación-, la EPS HUMANAVIVIR tuvo conocimiento acerca de la celebración y ejecución del contrato referido, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a éste, lo que conduce a determinar la autorización implícita de subcontratación por parte de la EPS.

Bajo este mismo sentido se puede observar que en el plenario a folio 194 del cuaderno principal se avizora en escrito presentado por el representante legal de la entidad demandada, en donde acepta la existencia de la deuda, y señala que la IPS cuidados médicos fue subcontratada por estos con pleno conocimiento y debida autorización de la EPS HUMANAVIVIR, asimismo sostiene que esta EPS es solidaria con la deuda insoluta que se tiene con la IPS CUIDADOS MÉDICOS a razón del artículo 41 del decreto 050 de 2003 en donde se señala la responsabilidad solidaria que tienen las EPS por el incumplimiento en que incurran las entidades que adelantaron la subcontratación.

Conforme a estos preceptos fácticos se puede colegir la existencia de la responsabilidad solidaridad legal en la obligación, como se puede deducir de las pruebas que obran en el expediente, dado que SERMEFAM estaba autorizada por HUMANAVIVIR para realizar subcontratos, como en el caso de CUIDADOS MÉDICOS LTDA., en donde concedió su autorización teniendo pleno conocimiento de esta subcontratación, lo que la convierte en una obligada solidaria por el incumplimiento de los pagos del servicio prestados por Cuidados Médicos.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 93 del C.P.C, artículo 1568 del Código Civil, Decreto 050 de 2003, artículo 41;

DEMANDANTE: CUIDADOS MÉDICOS I.P.S. LIMITADA

DEMANDADO: SERMEFAM LIMITADA Y HUMANA VIVIR.

FECHA: Febrero 25 De 2013

RADICACIÓN: 36.942 (08-001-31-03-013-2006-00068-01)

DECISIÓN: Confirma Parcialmente La Sentencia. Modifica Numeral 2°.

5. SALA LABORAL

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Cuando el asegurado fallece en vigencia de la ley 797 de 2003/**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**-No resulta aplicable/**PENSIÓN DE VEJEZ**-Si el finado reunía los requisitos para hacerse acreedor a ella le resultan aplicables las normas vigentes al momento en que se causó el derecho/**DERECHO A LA PENSIÓN**-Es imprescriptible/Se transmite por causa de la muerte

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso la cónyuge supérstite solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y como tal se aplique la normatividad anterior a la ley 793 de 2003.

Extractos: “Sea lo primero señalar, que por regla general en los casos de sustitución pensional y/o pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la que se encontraba vigente para el momento en que acaeció la muerte del afiliado o pensionado. Además, se debe tener en cuenta que la Ley no ha previsto un régimen de transición para el caso de la sustitución pensional y/o pensión de sobrevivientes.

En el expediente obra el registro civil de defunción¹⁴, en el que se constata que el señor Ricardo Martínez Sarmiento falleció el 5 de febrero de 2010, por lo que en principio la norma aplicar es la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo contempla:

“REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

(...)

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>”

Cardinalmente la apelante insiste en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que le negó el Juez de primera instancia en razón de que el señor Ricardo Martínez Sarmiento (q.e.p.d.) cumplió con todos los requisitos de Ley para acceder la pensión de vejez la cual no reclamó estando en vida, y a la que tenía derecho conforme al Acuerdo 029 de 1983(ver hecho 3°), supuesto factico que a pesar de que se invocó desde el libelo de demanda, inexplicablemente no mereció el mínimo análisis por parte del A Quo, lo que conlleva a que esta Sala se centre primariamente en este aspecto de la impugnación, pues de asistirle razón a la apelante, su beneficiaria estaría comprendida en la situación contemplada en el numeral 1) del art.46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art.12 de la ley 797 de 2003, y no de su literal 2) o párrafo 1.

¹⁴ Ver folio 35

En efecto, resulta cuestionable que no se haya reparado por el juzgador de primera instancia, que según consta en el “reporte de semanas cotizadas en pensiones” anexada al proceso, el asegurado Ricardo Martínez Sarmiento durante su vida laboral logró cotizar un total de 528 semanas de manera interrumpida, desde el **3/02/1969 hasta el 22/06/1987**, como tampoco que no fue un hecho discutido que cumplió los 60 años de edad el **11 de Octubre de 1.985**, lo que revelaba con suma nitidez que el causante dejó de aportar y se desafilió del sistema de prima media administrado por el Seguro Social cuando ya tenía cotizadas 528 semanas y había cumplido los 60 años de edad, todo ello antes de expedirse y de entrar en vigencia el Acuerdo 049 de 1.990 < 18 de Abril de 1985>, la Ley 100 de 1.993 <1° de abril de 1994> y la posterior Ley 797 de 2.003<29 de Enero de 2003>.

Luego, atendiendo la fecha en que se efectuó la última cotización al sistema por parte del asegurado, refulge que la norma que regulaba la pensión de vejez y que se encontraba vigente para dicha calenda era el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, con la modificación introducida por el art.1 del Acuerdo 029 de 1983, aprobado a su vez por el Acuerdo 016 y el Decreto 1900 de la misma anualidad, que contemplaba:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, lo asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

- a) **Tener 60 años o mas de edad si es varón** y 55 o más años si es mujer.
- b) **Haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.** (Esta norma tuvo vigencia desde el 6° de Julio de 1.983 hasta el 17 de Abril de 1.990, siendo derogada expresamente por el artículo 53 del Acuerdo 049 de 1.990)”.

Con base en lo expuesto, no existe duda que el asegurado durante la vigencia del mencionado Acuerdo 029 de 1983, consolidó su derecho a la pensión de vejez, derecho que por ser imprescriptible no se extingue por el transcurso del tiempo así no se haya reclamado en vida, y que se transmite por causa de la muerte de su titular, a sus beneficiarios conforme lo contempla el numeral 1) del art.46 de la ley 100 de 1.997, con la modificación introducida por el art. 12 de la ley 797 de 2.003.

Lo anterior, obedece a que la norma antes referenciada contempla tres situaciones particulares que no deben confundirse:

- i) *La de los miembros del grupo familiar del “pensionado” por vejez o invalidez por riesgo común, es decir, de aquellos asegurados que por cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas exigidos por la ley, causaron su derecho a la pensión antes de su fallecimiento;*
- ii) *La de los miembros del grupo familiar del “afiliado” al sistema que fallezca, a quienes se le exige que éste hubiere cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anterior a su fallecimiento y,*
- iii) *La de los miembros del grupo familiar del “afiliado” al sistema que fallezca, cuando éste hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el art.66 de la ley 100 de 1.993.*

Nótese que en el primer grupo se refiere al pensionado, se insiste, que cobija a quienes por cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas consolidan su derecho a la pensión de vejez antes de su fallecimiento, mientras que el tercer grupo contemplado en el parágrafo 1 de dicha norma, se refiere es al afiliado que por no cumplir la edad antes de su fallecimiento pero sí con el número mínimo de semanas cotizadas y no hubiere reclamado la indemnización sustitutiva de la pensión, se le otorga este beneficio pero en un monto del 80% que le hubiere correspondido al afiliado en una pensión de vejez.

Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias especiales antes descritas y acreditadas en el plenario, encuentra la Sala que la demandante se encuentra amparada por el numeral 1 del art.46 de la Ley 100 de 1.997, modificado por el art.12 de la ley 797 de 2.003 y no por el numeral 2) o su parágrafo 1 como erróneamente lo estimó el aquo, como tampoco era del caso, acudir al principio de la condición más beneficiosa para determinar los requisitos exigidos por la norma inmediatamente anterior, por la potísima razón de que en la presente litis se demostró que el asegurado sí tenía causado su derecho a la pensión de vejez mucho antes de su fallecimiento, por lo tanto al no existir reparo o cuestionamiento frente a la valoración que hiciera el aquo de la calidad de beneficiaria de la demandante, la Sala revocará la sentencia apelada, para en su lugar, declarar que el asegurado causó su derecho a la pensión de vejez en vigencia del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, con la modificación introducida por el art.1 del Acuerdo 029 de 1983, aprobado a su vez por el Acuerdo 016 y el Decreto 1900 de la misma anualidad.”

FUENTE NORMATIVA: Numeral 1º del art.46 de la ley 100 de 1.997, modificado por el art.12 de la ley 797 de 2.003, Art.141 de la ley 100 de 1.993, Artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, con la modificación introducida por el art.1 del Acuerdo 029 de 1983, aprobado a su vez por el Acuerdo 016 y el Decreto 1900 de la misma anualidad, Sentencia del 4 de Junio de 2.008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rad. 32141, M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

FECHA: Febrero 27 de 2013

DEMANDANTE: Ángela Olivera De Martínez

DEMANDADO: Instituto De Seguros Sociales En Liquidación

RADICACIÓN: 08-001-31-05-011-2012-00056-01 (48.472)

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara improbadas excepciones. Condena al ISS.

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ-Procendencia/Beneficiarios del Régimen de Transición/TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL AHORRO INDIVIDUAL-Consecuencias/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Los precedentes en sede de constitucionalidad se tienen como doctrina obligatoria/Restricciones al artículo 36 de la Ley 100 de 1993

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EFRAIN YAÑEZ RIVEROS

Causa fáctica: En el presente caso el actor pretende se reconozca la reliquidación de la pensión de vejez que le fuera reconocida como quiera que aún lo cobija los beneficios del régimen de transición, aunque, en algún tiempo se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual y posteriormente regresado al de prima media.

Extractos: “Se estudiará en el presente caso si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez sobre el 90% del salario como lo establece el acuerdo

049 de 1990, como consecuencia de ser beneficiario del régimen de transición, más los incrementos pensionales del 7% y 14%, atendiendo a que existan pruebas suficientes que determinen la convivencia y dependencia económica de quien aducen ser su cónyuge y respecto de su hijo menor.

La primera discusión se centra en determinar si el demandante conserva el benéfico de la transición, no obstante haberse traslado del régimen de prima media al de ahorro individual y luego devolverse a aquel. Al respecto cabe reseñar que el régimen de transición pensional, a voces del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es una garantía consagrada a favor de los trabajadores que al 1° de abril de 1994, tenían cumplidos 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados; requisitos que cumplió el actor y que el demandado acepta al otorgarle la prestación.

Sin embargo, el ISS manifiesta que debido a que el actor se trasladó de régimen, perdió la transición, argumentando que lo dispuesto en la precitada norma no se aplicará a las personas que teniendo 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más si son hombres, se retiren del régimen de prima media con prestación definida y voluntariamente se acojan al de ahorro individual con solidaridad y además indica el demandado que al devolverse, la rentabilidad era menor, razón por la cual le otorgó la pensión de conformidad a lo señalado en la ley 100 de 1993.

Por su lado, el actor señala que no perdió el beneficio de la transición por cuanto cumple los requisitos que señaló la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Al respecto, cabe reseñar que, la sentencia C-789 de 2002, en cuanto a las restricciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la aplicación del régimen de transición para aquellas personas que estando dentro del régimen de ahorro individual decidan trasladarse al de prima media con prestación definida, dijo:

“(…)

Como se dijo anteriormente, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1°), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados.

(…)

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de

1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

(...).”

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, condiciones éstas que cumple el actor.

Ahora bien en cuanto al requisito de que la rentabilidad en el régimen de ahorro debe ser igual o mayor en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media; en la sentencia T-818 de 2007, la H. Corte Constitucional se apartó de lo reseñado en la sentencia C-789 de 2002:

“La Corte Constitucional dejó claramente establecido en la Sentencia C-1024 de 2004 que “...bajo el entendido que las personas que reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste- en cualquier tiempo – conforme a los términos señalados en la sentencia C- 789 de 2002.

...y que el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al seguro social (...).”

En la Sentencia SU-062 de 2010, se expresó que:

“(...

23.- Ahora bien, es factible que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no provenga, hoy en día, de las reglas sobre la distribución del aporte contenidas en la ley 797 de 2003, sino que se derive de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal.

... La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen

de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional.”

Se advierte que el actor inició cotizaciones en el ISS, posteriormente se trasladó al RAIS y luego, nuevamente se trasladó al ISS en el año 1995, habiendo dejado de cotizar en agosto de 2009. De la misma manera, se nota que a la vigencia de la ley 100 de 1993 tenía más de 1000 semanas, por lo que se garantizaba la sostenibilidad financiera del sistema.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, mal podría exigirse entonces el cumplimiento de unos requisitos que no venían impuestos en las normas vigentes, pues las mismas no hablaban de equivalencia de aportes.

Amén de lo anterior, como ya lo vimos, la sentencia SU-062 de 2010 dijo que la exigencia del requisito de la equivalencia del ahorro fue una exigencia imposible desde la vigencia de la ley 797 de 2003 hasta la expedición del Decreto 3995 de 2008, art. 7o, por lo tanto teniendo en cuenta la fecha del traslado que fue en el año 2004, caben aplicar los argumentos utilizados por la Guardiania de la Constitución en el fallo T-818 de 2007, ya que el Decreto reseñado aún no había cobrado vigencia.

Como consecuencia de lo anterior deviene la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, en su artículo 20 contiene la “INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ, por lo tanto, como quiera que el actor cotizó un total de 1815 semanas, le corresponde aplicar una tasa de reemplazo del 90% del salario base, el cual corresponde a \$4.166.809, (reconocida en la Resolución 2488 de 2010-fl23) por lo que su pensión debió otorgarse por el valor de \$3.750.128 pesos mensuales iniciales, a partir del 1 de septiembre de 2009. Una vez revisadas las cuentas de primera instancia la Sala procederá a confirmar la sentencia respecto de este punto.”

FUENTE NORMATIVA: Acuerdo 049 de 1990, Artículo 36 de la ley 100 de 1993, Sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 Corte Constitucional,

FECHA: Febrero 26 de 2013

DEMANDANTE: Carly Job Hazbun Jiménez.

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales, en Liquidación

RADICACIÓN: 48.308-E

DECISIÓN: Confirma la sentencia consultada.

FUERO SINDICAL-Garantía laboral/**AFORADO CON RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN**-
Debe preceder la respectiva acción de levantamiento del fuero sindical/**IMPOSIBILIDAD**
JURÍDICA O MATERIAL-Principio general del Derecho/ **ACCIÓN DE REINTEGRO**-Petición
antes de tiempo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso se analiza la situación de un aforado a quien se le notifica del reconocimiento de su pensión de vejez, razón por la cual, el empleador procede a iniciar la acción de fuero sindical (levantamiento) a efectos de despedirlo, empero, aún sin haber acontecido este suceso el aquí demandante impetra la acción de fuero sindical (reintegro).

Extractos: “El “fuero sindical”, consiste en la garantía de estabilidad en el empleo y de inmodificabilidad de las condiciones de trabajo otorgada a ciertos trabajadores en razón de sus actividades sindicales y con relación a sus respectivos patronos, garantía que subsiste mientras no sea levantada por el Juez del Trabajo, o mientras no sobrevenga alguno de los hechos o motivos legales en virtud de los cuales cesa o se extingue.

En el sub lite se encuentra probada la relación laboral de carácter indefinido vigente a la fecha entre las partes, así como la existencia de la organización sindical y el fuero de directivo del demandante.

De igual forma, es evidente que la demandada mediante carta del 30 de marzo de 2012 (fl. 10) le comunica al actor la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con arreglo al No. 14 del Art. 62 del CST, atendiendo que le había sido reconocida la pensión de jubilación por medio de Res. 104123 de 2011, pero sometiendo aquella al trámite de levantamiento de fuero sindical. En ese orden de ideas, si bien es clara la decisión del despido, no lo es menos que el mismo no operaba automáticamente, sino que por el contrario fue supeditado al proceso de fuero sindical- acción de levantamiento de fuero que, en efecto, fue adelantado por la demandada y, se sabe que, aún no ha culminado (fls. 59-92).

Por lo tanto, es obvio que se está frente a una petición antes de tiempo, figura ésta considerada como excepción perentoria temporal, declarable de oficio, consistente en la imposibilidad de reclamar en juicio pretensiones cuyo derecho sustancial aún no se encuentra consolidado o que la obligación no sea exigible o sometida a una condición que no haya acaecido, vale decir, no se puede reclamar sin que exista un interés actual jurídicamente tutelable. Al respecto, véanse las sentencias del 3 de mayo de 2001, radicado 15155 y del 21 de junio de 2006 radicado 26442, CSJ.

Ahora bien, cierto es que la figura de imposibilidad material y jurídica para reintegro ha venido siendo aplicada por nuestra jurisprudencia para los eventos de imposibilidad de reintegros de trabajadores aforados en las entidades públicas liquidadas, suprimidas o reestructuradas. Para un ejemplo, véase la sentencia No. 10.157 de fecha 2 de Diciembre de 1997, CSJ, en donde se dijo: “...El Tribunal acierta cuando sostiene que el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible el reintegro, porque es una verdad axiomática. Más aún para que una obligación exista es necesario que sea física u jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible...”. No obstante lo anterior, recuérdese que aquella figura deviene de una máxima jurídica de Derecho Romano “Impossibilium nulla obligatio”, que significa “A lo imposible, nadie está obligado”, aforismo jurídico debido al jurisconsulto Juvencio Celso, el cual más tarde fuere compuesto a “Ad impossibile nemo tenetur “ para significar “A lo imposible nadie está obligado”. Luego entonces, resulta visible que más allá del desarrollo jurisprudencial que se le haya venido dando, la misma constituye una regla general en derecho, por lo cual implica que su aplicación no puede ser estricta.

En consecuencia, aunque bien considere el Despacho que sea posible la aplicación de la figura de imposibilidad física o material y jurídica para el reintegro en innumerables casos, no sería plausible su ajuste al presente evento, ya que, como anteriormente se dijo, se está frente a una petición antes de tiempo, habida cuenta que no ha sido despedido y actualmente se encuentra percibiendo salarios, prestaciones sociales y se le vienen haciendo a su nombre aportes a la seguridad social.

Por otro lado, el recurrente argumenta que no podía condicionar su demanda de reintegro a la ocurrencia del despido o al proceso de levantamiento iniciado por la demandada por efectos de la prescripción, esto es, el transcurso de los dos meses contados desde la fecha de la carta del despido. Sobre el particular, remembremos que el artículo 118ª del C.P.T., establece un término prescriptivo de dos (2) meses para iniciar las acciones que emanen del fuero sindical, llámese reintegro, por parte del trabajador o levantamiento de fuero por parte del empleador, el cual inicia para el primero desde el momento en que se produjo el despido, el traslado o la desmejora. Así las cosas, en nuestro asunto dicho plazo correría a partir del momento en el que sea efectivamente desvinculado y no antes, mucho menos desde la carta del preaviso del despido, pues, se repite, ésta somete al actor a una condición que aún no ha ocurrido y mientras no suceda, es obvio que no corre entonces el plazo extintivo.

Se advierte que si el accionante pretendía y perseguía salvaguardar el derecho a no ser despedido o a conservar su cargo en las instalaciones de la demandada, bien contaba y sigue contando con los mecanismos de defensa al interior del proceso de fuero sindical- Acción de Levantamiento cursante en el Juzgado Octavo Laboral del Circuito, pues no se tiene noticia que haya culminado. De esta forma, sin dubitación alguna se extrae que resultaba desde todo punto de vista inane la promoción de una demanda de reintegro, más cuando, se itera, el despido ni siquiera ha acaecido.

Finalmente, acerca de la tacha de testigos, se tiene que el artículo 58 del C. P. T. contempla como exigencias para su operatividad, el que se haga antes de rendir la declaración y que se allegue prueba sumaria del hecho en que se funda. En el sub lite, las tachas de los testigos fueron propuestas después que empezarán a declarar, por lo que no se cumplió así con el primer presupuesto de los consagrados, no habiendo lugar entonces a su prosperidad.

Como conclusión surge así que se ha configurado la institución de petición antes de tiempo, por cuanto la obligación que se pretende hacer exigible respecto de la demandada – El Reintegro- actualmente no lo es, toda vez que se halla sometida a una condición que aún no ha acaecido - El despido-.”

FUENTE NORMATIVA: Numeral 14 del Art. 62 del CST, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias del 3 de mayo de 2001, radicado 15155; del 21 de junio de 2006 radicado 26442 y 10.157 de fecha 2 de Diciembre de 1997, artículos 58 y 118ª del C.P.T

DEMANDANTE: Julio César Marchena Donado

DEMANDADO: Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. – OLIMPICA S.A.-

RADICACIÓN: 08-001-31-05-014-2012-00178-01/ **48092**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Declara de oficio la excepción de petición antes de tiempo.

3. SALA PENAL

COMPAÑÍA DE SEGUROS-Sólo responde por el monto de lo asegurado/ **HOMICIDIO CULPOSO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO**-El autor responde por violación al deber objetivo de cuidado en el manejo de automóviles/**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**-Procede en razón de la conducta gravemente culposa e imprudente del sujeto agente/**APLICACIÓN DE LA LEY 890 DE 2004**-Está sometida a la implementación del sistema penal acusatorio

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso se estudian los recursos de apelación de la aseguradora, parte civil y defensa, respecto de la condena en perjuicios decretada en primera instancia como consecuencia de un homicidio culposo en concurso con lesiones personales ocurridas a las víctimas.

Extractos: "...el apoderado de la aseguradora pretende que se reduzca o precise su obligación de responder solamente a lo relacionado con indemnización de carácter material que no comprenda lucro cesante, e igualmente que se elimine de la parte de la obligación a cubrir atribuible a la aseguradora en lo relacionado con obligación de pago de perjuicios indemnizatorios de carácter moral, por cuanto la póliza de seguro, no cubre éstos aspectos.

Así mismo, solicita y sostiene que el cubrimiento de la póliza está limitado en monto de salarios mínimos por el homicidio en 60 SMLMV cuando se trate de una persona y 120 SMLMV por lesiones a dos o más personas, pero que los mismos se mantengan a precio del salario mínimo propio de la fecha en que ocurrió el siniestro, teniendo en cuenta los términos del contrato póliza seguro, los cuales no pueden ser sobrepasados arbitrariamente por el juzgado so pena de ordenar lo que no corresponde dentro de las relaciones civiles o comerciales extracontractuales derivadas de la obligación de cumplimiento de un contrato de póliza de seguro que no puede cubrir sumas, montos, ni categorías de daños diferente a lo pactado en la misma.

En este sentido, virtual razón le compete al apoderado de la aseguradora, en cuanto a que la administración de justicia interviniente en este asunto no puede desconocer lo pactado en el contrato o póliza de seguro en favor de tercero, por responsabilidad civil extracontractual, esto de conformidad con la póliza N° 12306850064*0117 en su numeral 4¹⁵.

En efecto, estos aspectos que vienen considerados en la sentencia de primera instancia y que en forma indiscriminada o solidaria se impone también su pago a la aseguradora, la Sala desde ya advierte que deberán ser precisados en el sentido de que la aseguradora sólo deberá responder por el daño material o emergente, hasta el monto de lo pactado, eso sí, a precio del valor de salario mínimo actualizado, por cuanto para ello se pactó así en la póliza y no para lo contrario, eso sí, hasta el monto del número de salarios convenidos en la misma, que como quiera que en ambos rubros se supera la suma de lo pactado, se ordenará pagar los 60 SMLMV por el fallecimiento de la víctima a sus familiares, por medio de su apoderado, o por el mecanismo que éstos definan, repartibles proporcionalmente y en partes iguales a todos y cada uno de los deudos.

¹⁵ Ver cuaderno original de la Fiscalía folio 82 -126

En ese mismo sentido, para las personas que resultaron lesionadas, esto es, a favor de las señoras Enma María San Juan, Lina Patricia Mejía Santiago y Rosa María Mendoza de Mejía, se ordenará el pago de los perjuicios materiales por el equivalente a 120 SMLMV repartido en partes iguales, en tanto que son varias las afectadas, (...).

Advirtiéndose que lo relacionado al daño moral y al lucro cesante se excluye o se revocará la obligación impuesta a cubrir tales rubros acorde con la cláusula número 2 de la póliza, que dispone:

“2. EXCLUSIONES.

Esta póliza no ampara los siguientes hechos o circunstancias:

... 2.22 EL SEGURO OTORGADO POR LA PRESENTE PÓLIZA, NO AMPARA EL LUCRO CESANTE NI LOS PERJUICIOS MORALES DEL ASEGURADO NI DE LA VICTIMA, EN NINGUNA FORMA.”

Finalmente, el artículo 1602 del Código Civil reza que:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

(...)

En relación con el apoderado de la parte civil, que insiste en el reajuste de unas indemnizaciones en favor de sus representados, tales como gastos por asesoría psicológica, los que a la voz del Juzgado ni siquiera se comprobaron con facturación propiamente acreditada, pero que además se pretende reclamar una suma a 30 millones de pesos (M/C) por asesoría jurídica, como honorarios del apoderado de la parte civil, razón le compete al Juzgado en cuanto que ni siquiera se aportó un facsímil o copia de contrato de prestación de servicio, que fijara esa suma, que al sentir del juzgador a-quo resulta exorbitante, pero más que ello, resultó negada en cuanto a que no se acreditó una comprobación fehaciente de su existencia, no obstante que la sala compartirá con el Juzgado dicha conclusión, y con base en los argumentos fundados en la falta de prueba, si se impondrá a los condenados el pago de las costas del proceso, cosa que incluye como se sabe honorarios de abogado, tal y como lo dispone el artículo 56 del código procedimiento penal vigente para este asunto, que a la letra enseña:

*“Artículo 56. Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. **Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.**” (El destacado es de la Sala).*

Expensas que se estiman desde ya en la suma de veinticinco millones de pesos, (\$25.000.000), las cuales aun habiendo sido ignorada por la primera instancia no puede decirse que no hayan existido en cuanto que es discrecional del Juez Colegiado proceder a tal tasación, y así lo concibió la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 1999, (...)

Sea lo primero advertir que, sin que pueda considerarse ni mucho menos el fallo de primera instancia un dechado de argumentación jurídica penal, se llega a unas conclusiones

evidentemente válidas dadas las circunstancias de los hechos y por el mínimo de recaudo probatorio acreditado.

Es así como, si el hecho sucedió en circunscripción del Distrito de Barranquilla, exactamente en la calle 60 entre carreras 11 y 12 del barrio la ceiba, cuando una buseta de servicio público, que ciertamente perdió el control de la dirección, fue así a colisionar en contra de un inmueble con nomenclatura 11-86, donde se encontraban personas particularmente la víctima como fenómeno extraordinario o de escasa ocurrencia por cuanto el diseño de las vías, sus espacios, los andenes, sardineles, frente y fachada de los inmuebles, está diseñado por lo general en una urbe cualquiera, de forma que deben responder y responden a un mínimo de prevención para que éstos espacios incluyendo virtuales percances no generen siniestros como el que nos ocupa, así, aquí se ha querido sostener una virtual causal de fuerza mayor o caso fortuito sin precisarlo exactamente, sobre el supuesto argumentativo de una falla mecánica, es decir, la pérdida intempestiva del control de la dirección del vehículo por falla de la misma. Sobre este aspecto hay que decir que la falla mecánica no siempre exonera de responsabilidad al autor o responsable de un accidente de tránsito, en cuanto no se compruebe que la misma no dependió de la utilización impudente del vehículo o del mantenimiento inadecuado, sea por el conductor o demás responsables del mismo, aun así, presentándose la falla mecánica aquí hay que reconocer que razón le compete al juzgado cuando afirma que la velocidad a la que marchaba su conductor, no podía ser prudente o mínima, puesto que si lo que falló fue la dirección, bien pudo haber frenado en el espacio consecuente, entre la vía, el andén, y antes de arremeter estrellándose en contra del inmueble causándole la muerte a la señora que se encontraba en él, así como los otros lesionados al interior de la buseta, puesto que nunca se indicó que el defecto, si lo hubo, se hubiese producido en los frenos, (...).

Se trata de una vía recta, frente a la cual no tenía porque el vehículo salirse de la misma, e ir a colisionar con el inmueble a menos que el mismo o qué tal se condujera en forma intrépida o imprudente, es decir, con violación a los reglamentos de tránsito, en cuanto a velocidad, distancia de los demás vehículos, y sobrepaso de otros automotores, el descontrol que finalmente condujo al desenlace fatal del accidente se debió a una conducción irregular e irreglamentaria de la buseta de servicio público, pues las condiciones de la vía como se dijo y las circunstancias del accidente no ofrecen razón diferente de la ya evaluada. Se trata de una maniobra imprudente al sobrepasar otro vehículo para terminar como terminó, es decir, se violó el deber objetivo de cuidado, sumado a que el procesado, además dejó de lado la observancia de las siguientes normas, que corresponden al Código Nacional de Tránsito Terrestre:

*“ARTÍCULO 55. **Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito**”.*

“ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS.

Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.

PARÁGRAFO 1o

Los conductores no podrán transitar con vehículo automotor o de tracción animal por la zona de seguridad y protección de la vía férrea.

PARÁGRAFO 2o

Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones”.

“ARTÍCULO 74.

Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.

En las zonas escolares.

Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

En proximidad a una intersección”. (el destacado es de la Sala).

(...)

Se radican las anteriores consideraciones, no porque fuese materia de importante argumentación por parte del ataque sobre la sentencia, sino simplemente, porque se hace la argumentación escueta de que estamos ante un evento de fuerza mayor producida por una presunta falla mecánica, pero sobre la cual tampoco se aportó, ni se exigió con vehemencia, algún ejercicio probatorio de ni siquiera mínima envergadura, como para respaldar esta afirmación, en cambio que la evidencia concreta basada en los resultados del accidente demuestran otra cosa.

En conclusión, ningún reproche mayor o con fuerza argumentativa plantea la defensa ante este estanco procesal que permita deducir que en algún sentido se persuade a la Sala sobre el hecho de que no existiría responsabilidad atribuible al procesado, en los fatales resultados finales del accidente.

(...)

De ahí pues que no es como erradamente lo concibió la abogada de la defensa, “que por el sólo hecho de que alguien conduzca un vehículo de servicio público, sería suficiente para condenar a su patrocinado”, sino que es absolutamente claro que ante el incumplimiento normativo por parte de aquél, generó un accidente de tal magnitud, que socavó la vida de una mujer (madre y esposa-compañera), y más aún, causó lesiones en tres personas más, luego entonces, equivoco sería acogerse a la pretensión absolutoria que la profesional del derecho elevó, dadas las evidencias de responsabilidad palpables en este asunto atribuibles a su patrocinado.

El otro aspecto, y al que mayor tinta le invierte la atacante vertical, estriba en la afirmación de que la empresa que funge como tercera responsable, es decir, propietaria o regentadora del vehículo automotor de servicio público, esto es, buseta con placas UVZ 867 marca Daihatsu color blanco, no hubiere sido debidamente vinculada como tal a la empresa Transporte Monterrey Ltda., a la investigación y al proceso, por cuanto según dice no se incluyó en el texto del libelo de la demanda de parte civil, ni por escrito separado, sin embargo, a folios 1 al 9 del cuaderno original de parte civil se observa la demanda debidamente presentada, en donde se señala que como tercero se solicita la vinculación de la señora Leticia Camargo De Aparicio, y a la Empresa Monterrey Ltda., representada por Jairo Alberto Cardona Marsiglia; es más a folio 5 se indica quienes fungen como terceros, lo que es perfectamente factible de acuerdo con los artículos 45, 46, 48, y demás norma concordantes, pero particularmente el 69 del Código de Procedimiento Penal vigente para este caso, que a la letra dice:

*“Artículo 69. Demanda. La vinculación del tercero civilmente responsable **podrá solicitarse con la demanda de constitución de parte civil o posteriormente**, antes de que se profiera la providencia que ordena el cierre de la investigación, en escrito separado, el que deberá contener los mismos requisitos de la demanda de parte civil. La demanda se notificará personalmente a quien se dirija y desde el momento de su admisión se adquiere la calidad de sujeto procesal. En tal virtud, deberá dar contestación a la demanda y podrá solicitar y controvertir pruebas relativas a su responsabilidad”. (El destacado es de la Sala).*

Pero además se observa a folio 117 del cuaderno original de la fiscalía, la contestación de parte civil y de tercero, suscrita por la Dra. Sandra Milena Herrera Jiménez, es decir, se supo de su vinculación desde el principio y ha podido ejercer su defensa a lo largo y ancho de todo el proceso, en este sentido lo que ha previsto las altas cortes, es que el tercero deberá ser ignorado o absuelto, cuando no ha sido escuchado dentro de la actuación, aquí queda claro que han podido defenderse a sus anchas, de manera que estas afirmaciones a esta altura de la actuación viene a resultar especulativo e incierto, como cuando no se tiene mayor material de argumentación.

(...)

Con este panorama de fondo, observamos que el enjuiciado cumple con todos los presupuestos de la responsabilidad penal y por ende la sentencia que profirió el a-quo con respecto al concurso de delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas se ajusta al juicio de reproche que se le atribuye al acusado, por lo tanto no es admisible acoger la tesis de la defensa, quien en el escrito de apelación solicitó que se absolviera a su prohijado, por el reato en mención. Como consecuencia, se mantendrán las condenas al tercero y a la aseguradora con las precisiones del caso.

Así las cosas y observando que el Sentenciador de Primera Instancia al momento de dosificar la pena erró en ello, concretamente en la utilización del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, habida cuenta que ésta norma sólo procede para aquellas conductas punibles presentadas en vigencia de la Ley 906 de 2004, y como se observa en las páginas 10 y 11 de la providencia apelada, para ambos delitos se acudió al aumento en mención, por lo que se corregirá tal fallo en ese sentido.

Lo anterior según lo expuesto por la Sala de Casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante proceso radicado No. 25632 del 27 de enero de 2010, la cual resaltó:

”[...] Como viene de verse, es evidente que por voluntad del legislador el incremento general de penas establecido en el artículo 14 de la ley 890 de 2004 se encuentra atado exclusivamente a la implementación del sistema acusatorio (ley 906 de 2004), de donde puede concluirse que, en aquellos distritos judiciales en los cuales aún no se ha implementado el referido sistema procesal, no tiene aplicación el aumento de penas y, por tanto, rigen los extremos punitivos establecidos en la ley 599 de 2000 [...].

Luego entonces, no es acertada la remisión normativa de la Ley 890 de 2004, en consecuencia este Cuerpo Colegiado, procederá a dosificar la pena para los delitos antes citados, teniendo en cuenta los extremos punitivos establecidos en la Ley 599 de 2000, con el fin de revestir de legalidad la misma.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 1602 del Código Civil, artículo 56 y 69 de ley 600 de 2000, Corte Constitucional: Sentencia C-539 de 1999, Artículo 55, 60 y 74 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, Sentencia de Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia rad No. 25632 del 27 de enero de 2010.

PROCESADO: Ulises González Álvarez

FECHA: Marzo 18 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-04-006-2009-00476-02/2013-00044-P-CR

DECISIÓN: Confirma y modifica el proveído de primera instancia.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Medios de prueba que conllevan a la certeza al juzgador/materialidad de la conducta/**DOCUMENTOS REPRODUCIDOS**-Validez probatoria para demostrar la conducta de falsedad material/**PRUEBA GRAFOLOGICA**-Indica que el procesado diligenció con su puño y letra las boletas falseadas

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso el encartado es procesado por el delito de falsedad en documento público, conducta que desplegó al falsificar las boletas de un sorteo en un reconocido centro comercial de la ciudad, a fin de salir ganador del mismo.

Extractos: “De esta manera, la Sala observa que las inconformidades del recurrente gravitan en: (i) el dictamen grafológico; (ii) la presunta no valoración de las demás pruebas obrantes en el paginario por parte del a quo; (iii) y además plantea la inexistencia de la conducta de falsedad en documento privado, al habersele absuelto por el delito de estafa en grado de tentativa.

(...)

6.1. *De la falsedad en documento privado*

El tipo penal por el cual fue acusado y posteriormente condenado el ciudadano Jaime de Jesús Sincelejo Mendoza, fue el de falsedad en documento privado, contemplado en el artículo 289 del Código Penal que enseña:

“El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años”

Bajo este contexto, se infiere que el verbo determinador de este tipo penal es el de falsificar y usar, entendido este último como la utilización o destinación del documento a determinada finalidad, igualmente este es un tipo de falsedad material, debido a que no se reprime la falsedad ideológica porque el documento privado no tiene presunción de veracidad, pues sus efectos son inter partes y no erga omnes⁴.

En el caso *subjudice* se acusó al actor de haber tomado la boleta No. 15794 y haberla falsificado e imprimir más de 1000 boletas con el objeto de llenarlas con su nombre, e introducirlas en la urna y de esta manera ser el ganador de la Camioneta Chevrolet Optra 104 que sorteó el Centro Comercial Buenavista el 31 de agosto de 2006.

Así pues, la censora en su alzada sostuvo que en vista que en el presente asunto el documento, es decir, las más de 1000 boletas de la mencionada rifa, fueron reproducidos

⁴ Alfonso Gómez Méndez, citado por Luis Carlos Pérez, ob. Cit. t. IV, p. 89 y ss.

de forma “impresa, mecánica o por otro medio no tiene validez como prueba”, esta Colegiatura precisa que en el concepto documento se incluyen no sólo los papeles escritos, sino también cualesquiera otros objetos o materiales que representan o dan a entender algo que tiene interés probatorio, tanto en papeles no escritos planos, croquis, dibujos, proyectos técnicos, fotografías, etc., como en otros soportes materiales cuyo contenido puede ser perceptible por la vista, el oído o el tacto mediante el uso de medios técnicos adecuados (rollos fotográficos o cinematográficos, videos, discos, cintas magnetofónicas, disquetes o discos compactos para ordenadores, etc.).¹

A su vez, el documento, objeto material de la infracción debe tener utilidad probatoria, acreditar hechos o relaciones con relevancia jurídica. La idoneidad probatoria es la capacidad del documento para demostrar en sí mismo situaciones jurídicas, con independencia de su valoración probatoria; así, un documento privado con aptitud probatoria puede constituir plena prueba sumaria, indicio, etc.

De igual manera, todo documento tiene un autor, sea o no sea conocido, la relación existente entre el autor del documento y el contenido del mismo es de autenticidad: un documento es auténtico cuando su contenido ha sido realizado por quien aparece como su autor.²

En vista de lo anterior, la Judicatura no comulga con la apreciación que tiene la recurrente con el carácter de documento, infiriéndose entonces que las (2170) boletas con el número 15794, si tienen el carácter de documento, y de esta manera, se cumple con el objeto jurídico y material real, debido a que son documentos con capacidad probatoria y además son privados.

6.2. De la prueba grafológica

Igualmente la libelista señala su inconformidad respecto al dictamen pericial practicado a las boletas (2170) boletas con el número 15794, que fueron encontradas en la urna de la rifa del 31 de agosto de 2006, en el Centro Comercial Buenavista, aduciendo que dicha experticia no fue completa y carece de claridad en el caso en concreto.

Al respecto esta Colegiatura observa que en efecto dentro del acervo probatorio se encuentra el estudio grafológico CTI-GRAF. No. 2846, en el que se llegó al siguiente resultado:

“...Que entre las dos mil ciento nueve (2109) boletas material de estudio (texto de duda) se encontraron un mil doscientos cuarenta y tres (1.243) boletas, que son UNIPROCEDENDENTES con el gesto gráfico de JAIME SINCELEJO, por cuanto se encontraron grandes SIMILITUDES de orden dinámico y morfológico, en los elementos intrínsecos y extrínsecos, que hacen parte de la grafía, como puntos de iniciación y terminación, proporción, enlace, ritmo, velocidad, desplazamiento e inclinación, los cuales permiten aseverar la UNIPROCEDENCIA, escritural entre los textos cuestionados y las producciones manuscriturales aportadas para el análisis , por ejemplo obsérvese la configuración de los inicios y terminaciones de la firma, especialmente la letra “j”, lo ídem como la “m”; las “s”; a pesar de estar desfigurando su habitual manera de escribir en las muestras, se pudo comprobar la elaboración del lleno, por parte de este señor.

¹ Cfr. Prieto Castro, L Tratado De Derecho Procesal Civil español Vol. I, 3ª Ed. Revista de derecho Privado

² Dice Fenech M, derecho Procesal Penal cit, tomo I, Pág. 635.

Todo lo anterior es cierto como también lo es el hecho de que novecientas veintiuna (321) boletas fueron elaboradas por personas distintas al señor SINCELEJO.

Se hallaron seis (06) boletas con otros números que pertenecen a otras personas y dos del número 15794 en blanco”. (Folios 62-63 C.O No. 1 de Fiscalía).

Bajo este contexto, se infiere que en efecto el procesado Jaime de Jesús Sincelejo además de reproducir más de 2000 boletas del mismo número (15794), llenó con su puño y letra (1243), señalando su nombre y número de cédula, con el cual fijaba su objetivo de ser el ganador de la mencionada rifa.

Por lo tanto, si bien la censora adujo que dicha pericia está incompleta, la Sala considera lo contrario, en virtud que a través de dicho informe, se logró la finalidad por parte del Ente Fiscal, esto es, establecer si el procesado falsificó las más de 1000 boletas con el número (15794), de la rifa sorteada el 31 de agosto de 2006 en el Centro Comercial Buenavista, teniéndose como autor de dichos documentos a Jaime de Jesús Sincelejo Mendoza.

6.3. De los demás elementos de prueba

La recurrente señaló además en el recurso, que el *a quo* al proferir la sentencia únicamente tuvo en cuenta el dictamen grafológico practicado a las boletas, sin embargo, dentro del paginario esta Corporación observa que además de dicha pericia obran varios elementos de prueba que señalan al procesado como autor de la conducta punible:

6.3.1. En primer lugar se encuentra la denuncia instaurada por el apoderado judicial del Representante Legal del Centro Comercial Buenavista, en la que se señala la situación fáctica, es decir, que el 31 de agosto de 2006, se realizó en dicho establecimiento, la rifa de un vehículo marca Chevrolet Optra 104, y que en el sorteo el número favorecido fue el 15794 perteneciente a Jaime Sincelejo identificado con la cedula de ciudadanía No. 72.246.060, pero, que este número ganador aparecía en varios desprendibles, de lo cual se percataron los asistentes debido a que la urna era transparente.

6.3.2. Asimismo, en el acervo probatorio también se cuenta con la declaración de: Ricardo Alonso Insignares Sueke y Miguel Enrique Saade Terán, quienes fueron coincidentes y concordantes al señalar que: (i) existían más de una boleta con la misma numeración e identificación en cuanto a los datos del ganador; (ii) delegado de rifas juegos y espectáculos procedió selló la urna al encontrar la anomalía; (iii) el procesado se acercó al centro Comercial a reclamar el premio pero este no fue entregado.

6.3.3. De igual manera, en el expediente ese encuentra el informe fotográfico No. 5849 del 13 de septiembre de 2006, en el que se determinó que:

“En las imágenes No. 1 a la 3 se observa una tómbola de color transparente con una franja metálica de color plateado, la cual se observa sellada y con candado y una hoja de color amarillo, ubicada en el interior del Centro Comercial Buenavista de esta ciudad. En las imágenes No. 4 a la 6 se muestran las boletas halladas en el interior de dicha tómbola, notándose varias de ellas con el número 15794. Diligencia realizada el día 14-09-06....En las imágenes No. 13 a la 15 se observan organizadas las boletas las boletas con el número 15794 halladas en la tómbola inspeccionada, las cuales fueron retiradas de la misma...”. (Folios 29-33 C.O de Fiscalía).

Así pues, al analizar cada uno de las pruebas obrantes en el presente asunto, se concluye que la conducta de falsificar y usar, siempre estuvo presente en Jaime Sincelejo Mendoza, pues con su puño y letra llenó 1.243 boletas, de las cuales una de ellas, fue la ganadora del sorteo del 30 de agosto del 2006, por lo que su conducta a todas luces es típica en virtud que la ley la define de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal, en este caso, falsedad en documento privado, es antijurídica porque lesionó sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, es decir, el bien jurídico de la fe pública, entendida como la confianza y seguridad en los medios de prueba, y por último es culpable porque pudiendo el procesado adecuar su conducta al ordenamiento jurídico no lo hizo y prefirió escoger el camino de la ilegalidad y en ese contexto su comportamiento es reprochable, toda vez que Jaime Sincelejo lleno más de mil boletas para acceder al automóvil rifado por el Centro Comercial Buenavista el 31 de agosto de 2006.

6.4. Finalmente, la censora arguye que en vista que el Juzgado de Primera instancia absolvió a su defendido del punible de estafa en grado de tentativa, el cual, en su concepto era el delito fin, también debe absolversele del delito de falsedad en documento privado, empero, la Sala observa que existe certeza de la comisión de la conducta de falsedad en documento privado por parte del encausado y aunque el a quo absolvió al encartado de la tentativa de estafa, éste debe responder por su responsabilidad en el delito contra la fe pública.

Por último, la Sala resalta que si bien el apoderado de la parte civil en su traslado como no recurrente, solicitó se condene al encartado por el punible de estafa en grado de tentativa, debe recordarse que la defensa es apelante único y en vista de ello no puede desmejorarle la situación del encartado debido al principio de *reformatio in pejus*, por lo que si este sujeto procesal tenía dicha inconformidad con la sentencia proferida en primera instancia, debió recurrirla.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 289 Ley 600 de 2000.

FECHA: 20 de marzo de 2013

RADICACIÓN: 2013-00024-P-MC.

DECISIÓN: Confirma providencia de primera instancia

JUSTICIA PREMIAL-Finalidad/Terminación extraordinaria del proceso penal/NEGOCIACIÓN Y PREACUERDOS CELEBRADOS CON LA FISCALÍA- Procedencia/ACEPTACIÓN DE CARGOS-No implica *per se* una sentencia condenatoria/AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DEL ACUERDO- Impone al juez un análisis de la legalidad y del respeto hacia los derechos fundamentales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: Se decide la impugnación de una decisión mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Soledad, improbió el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el señor Juan Carlos Guerrero Anillo

Extractos: “Con ocasión a este asunto, debe recordarse que con los postulados de la justicia premial inmersos en la Ley 906 de 2004, fue permitida la terminación extraordinaria del proceso penal a través de la aceptación de los cargos, en el caso que nos ocupa, por medio de un mecanismo consensuado en el que voluntariamente las partes,

celebraron una negociación que se refleja en el acta del preacuerdo y es después presentado ante el juez de conocimiento para su aprobación en ejercicio del control de legalidad.

Fue ese convenio celebrado entre el señor Juan Carlos Guerrero Anillo y la Fiscalía General de la Nación, en cabeza del Fiscal 9 Seccional de Soledad, el que en últimas fue improbadado por el Juez de Conocimiento, al considerar que este afectaba las garantías fundamentales de la víctima y que, además, inobservaba el principio de legalidad.

Es por ello que fuerza a esta Colegiatura, estudiar si las consideraciones del Juez son correctas o, como los tilda el censor, obedecen a una errónea interpretación de las normas que regulan las facultades del Juez en punto de estudiar la aprobación de un preacuerdo.

Se sabe que la aceptación de los cargos por parte del procesado no significa, de manera alguna, que sea procedente la expedición automática de una sentencia condenatoria, pues antes, se impone al Juez de conocimiento la protección de los principios, derechos y garantías fundamentales; para ello el juzgador no debe circunscribirse solamente a la revisión de los requisitos formales, sino también al control de legalidad de lo acordado, especialmente, si los términos son susceptibles de consenso, sin olvidar, desde luego que la discusión no atañe a asuntos probatorios sobre participación y responsabilidad del acusado, sino en general a la legalidad del fondo del acuerdo, a la dosificación de la pena que se pretende imponer y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución.

Atendiendo las explicaciones expuestas en precedencia, para esta Sala, la conclusión arribada en la verificación del preacuerdo por el Juez, es exótica y trasciende los parámetros que sobre el tema jurisprudencialmente han sido desarrollados en buena hora por la Corte, en efecto, se observa cómo éste en el examen se inmiscuye más allá de la potestad de control de legalidad que le corresponde y que se revela cuando para tomar la decisión de improbar el preacuerdo se excusa en la salvaguarda de los intereses de las víctimas; pues si bien el estudio que el Juez de conocimiento realiza al preacuerdo no es una simple verificación formal, tampoco puede extralimitarse a asuntos que son de competencia del ente instructor, por ser éste el exclusivo titular de la acción penal.

Así puede inferirse cuando el Juez fundamenta la improbación del preacuerdo, en aquella crítica que hace a la decisión del fiscal, de renunciar a la acusación por el delito de Homicidio Agravado, para reducirla por el acuerdo previo que hiciera con el procesado a la conducta de Homicidio Simple, porque a su juicio no se compadece con el principio de legalidad. En consecuencia, se observa un puro cuestionamiento al cambio en las circunstancias de agravación que favoreció al procesado y que encuentra en esta Sala, una legal consonancia con la finalidad misma del sistema de justicia premial.

Se recuerda al a quo, que el acta de preacuerdo se convierte en la acusación formal de la Fiscalía en contra del procesado, ante la cual la anterior imputación pierde fuerza gracias al deseo del procesado de terminar anticipadamente el proceso penal, razón suficiente para que obligue al Juzgador, a aprobarlo cuando no amenace o transgreda los derechos fundamentales, como debe acontecer en este caso.

La salvaguarda de los derechos de las víctimas de la conducta punible en nada tiene que ver con la cuantía de la pena, si a ello se refiere el Juez de instancia cuando esgrime que es en defensa de las víctimas, que adopta la decisión; pues se sabe que la figura jurídica del

preacuerdo tiene como fines la justicia, verdad y reparación, máxime, cuando en el acta se aclara la forma en que va a realizarse el resarcimiento a la víctima, en caso en que hubiere lugar.

También resulta completamente irrelevante el hecho de que el fiscal no hubiere mencionado las varias causales que fueron objeto de imputación, porque esa adecuación tiene carácter provisional hasta que se decida la acusación, misma que, como ya se explicó, es remplazada en estos casos por el acta de preacuerdo; además porque si se analiza con detenimiento el preacuerdo, no tiene sentido que en virtud del artículo 350 del Código Procesal Penal, se favorezca al procesado con la simple remoción de una de las causales de agravación, pues el beneficio por someterse sería exiguuo, al condenarse de todas formas por el Homicidio Agravado.

Colofón, esta Sala de decisión, revocará el auto mediante el cual el Juez Penal del Circuito, improbo el preacuerdo celebrado por la Fiscalía General de la Nación y el señor Juan Carlos Guerrero Anillo, y en consecuencia, se ordenará al Juez continuar con la actuación de conformidad con el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 293 y 350 Ley 906 de 2004

FECHA: 26 de febrero de 2013

RADICACIÓN: 2013-00026-P-CJ

DECISIÓN: Revoca auto apelado. Ordena al Juez A Quo continuar con la actuación

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

AYUDA ALIMENTARIA DE TRANSICIÓN-Solicitud/Procedencia/Remisión a la Unidad competente/RECURSOS DE VÍA GUBERNATIVA-No proceden contra actos de trámite/SATISFACCIÓN DEL DERECHO PRETENDIDO-Se infiere del dicho del accionante

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN SALTARÍN JIMÉNEZ, Sala Civil-Familia

Causa fáctica: En el presente caso el peticionario se manifiesta inconforme con la respuesta de la accionada respecto de su solicitud de ayudas alimentarias a personas víctimas del desplazamiento interno, y pretende discutir la remisión de su solicitud a la unidad competente, a través de la vía gubernativa.

Extractos: “Al efectuar una revisión de las pruebas documentales que obran en el expediente, se evidencia sin mayor esfuerzo que el accionante no cuestiona haberse emitido una respuesta a su solicitud de ayuda alimentaria de transición, por parte de la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Seccional Soledad, pues lo que acontece es que está en desacuerdo con la misma.

La queja se concreta en que la funcionaria accionada se ha negado a tramitar y decidir los recursos de reposición y subsidiario de apelación que presentó contra lo decidido, al considerar ésta que la decisión de remitir la solicitud de ayuda humanitaria de transición a la aludida Unidad Especial no constituye un acto administrativo por el que se conceda o niegue la petición, sino un mero acto de trámite que por ende no admite tales recursos.

Planteadas así las cosas cabe indicar que aun cuando la Ley 1448 de 2011 en efecto otorgó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “...adelantar las acciones pertinentes para garantizar la alimentación de los hogares en situación de desplazamiento...”, esta entidad en

el marco de un Comité Sectorial realizado en marzo de 2012 acordó con la Unidad para la Atención y Reparación a las víctimas, que esta última “continuará” durante el año 2012 entregando dicha ayuda a los beneficiarios de las mismas, teniendo en cuenta la complejidad que implicaba para el I.C.B.F. adecuar su estructura para atender esta nueva función que le impuso la Ley 1448 de 2011; acuerdo celebrado con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley 1448 de 2011 a las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las víctimas del que forma parte el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; acuerdos y disposiciones normativas antes señaladas, que cuentan con presunción de legalidad en el ordenamiento jurídico interno por tratarse de actos administrativos que no han sido declarados sin vigencia por las autoridades judiciales competentes.

En este orden de ideas, la Directora del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – seccional Soledad – Atlántico, al disponer, en atención a la Circular No. 610 de Marzo 23 de 2012 emitida por el Director Nacional del I.C.B.F. remitir la solicitud de ayuda humanitaria de transición en lo que concierne con el componente alimentario, radicada ante su Despacho por el accionante, a la Unidad Especial para la Atención Integral a Víctimas, está realizando un mero acto de trámite, consistente en remitir la petición a la autoridad encargada de resolverla; y en este sentido, tal decisión no es susceptible de ser impugnada mediante la formulación de los recursos ordinarios en sede administrativa, como bien lo informó la funcionaria accionada al actor en oficio No.0810600-0088 de Enero 17 de 2013, por lo que en efecto, como lo señaló la jueza a-quo, no se evidencia vulneración alguna al derecho fundamental de petición del accionante por parte de esta funcionaria, pues se observa que respecto de la mencionada solicitud, ésta imprimió el trámite que legalmente corresponde, como se evidencia a folios 19 a 28.

Ahora bien, la jueza a-quo concedió la protección constitucional respecto de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, al considerar que la información suministrada no resulta suficiente para considerar superado el hecho vulnerador, toda vez que no acompañó al mismo la copia de la respuesta enviada al accionante y menos aún comprobó que la misma hubiere sido efectivamente notificada al interesado; sin embargo, observamos que en el informe aludido, aunque en verdad no existe prueba demostrativa de haberse notificado lo decidido al accionante, relacionado con una ayuda humanitaria que le fue aprobada, para serle entregada en el mes de Diciembre de 2012, observamos que el actor, al impugnar, manifiesta haber recibido en el mes de Diciembre de 2012 dicha ayuda, por lo cual, aún antes de haber presentado la demanda de tutela, el derecho de petición del actor había sido no solo respondido, sino satisfecho materialmente, por lo cual no procedía conceder el amparo contra la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, por lo que en este punto la sentencia de primer grado habrá de ser revocada.

Sobre este particular, menester es indicar que aun cuando la mencionada Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas no impugnó la sentencia de primera instancia, y tampoco lo hizo el accionante en lo que concierne a la tutela otorgada contra dicha entidad, la providencia será revocada en el sentido indicado en el párrafo anterior, toda vez que según lo ha sostenido la Corte Constitucional, *“La impugnación de la sentencia del juez que conoce inicialmente de una tutela, no se cumple mediante el recurso de apelación, y como se sabe, las prohibiciones deben consagrarse de manera expresa, tal como lo hizo la ley para el caso del proceso civil. La figura de la reformatio in pejus no tiene operancia, cuando el juzgador de segunda instancia revisa la*

decisión del a quo ni cuando la correspondiente Sala de Revisión de la Corte Constitucional efectúa la revisión. Sostener lo contrario conduciría a que so pretexto de no hacerse más gravosa la situación del peticionario de la tutela que obtuvo un pronunciamiento favorable en la primera instancia, se pudiese violar la propia Constitución, al conceder una tutela que, como sucede en el presente caso, es a todas luces improcedente. En relación con la Corte Constitucional, mucho menos puede predicarse la prohibición de la reformatio in pejus, no sólo por las razones anotadas, sino además, porque ni la Constitución ni la ley, a la cual defirió la Carta la reglamentación de la figura de la revisión, establecen límites al examen de las decisiones que se someten a su análisis en desarrollo de la función que le atribuyeron los artículos 86 y 241-9 de la C.P.”¹⁶ , reiterada en sentencia T-1005 de 1999, entre otras.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 1448 de 2011, Circular No. 610 de Marzo 23 de 2012 emitida por el Director Nacional del I.C.B.F., Corte Constitucional. Sentencia T-138 de Abril 16 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-1005 de 1999

FECHA: marzo 12 de 2013

ACCIONANTE: José Martín Lázaro Salcedo

ACCIONADO: Instituto Colombiano De Bienestar Familiar

RADICACIÓN: T-00109-2013 (08758-3184-002-2013-00015-01)

DECISIÓN: Revoca Protección Tutelar.

FACTURA EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS -Debe responder a una real lectura que se haga de los instrumentos de medición/ **RESOLUCIÓN A LOS RECURSOS EN VÍA GUBERNATIVA**-Protección Al Debido Proceso Del Usuario

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, Sala Penal

Causa fáctica: En el presente caso, el actor pretende se ampare su derecho al debido proceso e igualdad respecto de unos cobros indebidos realizados por la empresa prestadora del servicio.

Extractos: “La petición del actor se circunscribe básicamente a que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al parecer transgredidos por las entidades señaladas en el párrafo que antecede, de ahí que consuno a ello, el demandante pidió que se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que deje sin efecto la Resolución N° 20128200108575 del 18 de Octubre de 2012, y a su vez que se disponga que Electricaribe resuelva el recurso de reposición y apelación, y que en el evento de que no prospere el primero de ello, se conceda la alzada.

Así las cosas, primeramente, debe señalar esta Colegiatura que con relación al derecho a la igualdad, difícil sería su protección en el caso concreto, habida consideración que el accionante no hizo ninguna alusión, comentario, o colocó de presente alguna situación en punto de la que se pudiese comparar o equiparar la suya, con el fin de lograr el amparo pretendido, por lo tanto, desde ya anticipamos que tal protección de denegará.

De otro lado, en lo que atañe al derecho al debido proceso, encontramos que lo debemos precisar que la actuación del Juez de Tutela evidentemente no está orientada a cuestionar la validez de los actos administrativos proferidos por Electricaribe S.A. E.S.P., o por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, puesto que ello corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino que ella tiene como finalidad la

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-138 de Abril 16 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de quien fuera sometido arbitraria y caprichosamente por las autoridades a un estado de indefensión que desconoce de forma sistemática su derecho inalienable al debido proceso y a la defensa, por cuanto la protección de los derechos consagrados en la Constitución debe ser efectiva.

Por lo tanto es deber de todas las autoridades observarlos y respetarlos en toda actuación que desarrollen o decisión que profieran, es por ello que no resulta razonable que so pretexto de la existencia de otro medio de defensa judicial las empresas de servicios públicos, y lo que es peor, la Superintendencia del ramo, violen indiscriminada y sistemáticamente garantías fundamentales.

Al respecto ha señalado la honorable Corte Constitucional en sentencia T-280 de 1998:

“La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.

El debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela”

Como ya es sabido el debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier actuación procesal o procedimental, que tiene por objeto garantizar la protección del derecho sustancial a lo largo de la actuación, con el fin de conseguir una recta y cumplida administración de justicia, así como la seguridad y la emisión de las resoluciones judiciales o administrativas conforme a derecho.

En múltiples oportunidades la Honorable Corte Constitucional ha indicado que el proceso seguido por las empresas prestadoras de servicios públicos no puede convertirse en un pretexto para que estos incurran en arbitrariedades. El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, es un límite obvio a cualquier actividad que se realice para dirimir responsabilidades. Así pues, se debe ajustar a la observancia de este derecho de carácter fundamental.

Resulta imprescindible a esta altura de la exposición indicar que cuando el Juez Constitucional está llamado a intervenir por vía de tutela debe verificar que en el trámite de cualquier proceso, bien se trate de un individuo o de un Cuerpo Colegiado, si se incurrió en un exceso, en una separación de los preceptos legales y constitucionales, como ocurre en este caso, ya que pese a la clara intención del actor de cancelar lo que reconoce deber, la empresa prestadora del servicio público no emite las facturas, aun mediando petición al respecto, y aunado a ello, muy a pesar que la superintendencia de servicios públicos conoce la situación, y es más se anticipa a señalar que “posiblemente por este hecho

[presunta negativa de no expedir factura] la empresa pretenda rechazar sus recursos [refiriéndose al actor]”, no hay nada que demuestre que tal solicitud fue cobijada, de ahí que el mecanismo de amparo contemplado en el artículo 86 de la Constitución se torna procedente.

En consecuencia, y en punto de sostener la afirmación anterior, En el sub-lite se pretende la revocatoria de una decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, mediante la cual se resolvió denegar el amparo de tutela deprecado por el accionante, en contra de la Superintendencia De Servicios Públicos Domiciliarios y Electricaribe S.A. E.S.P., por la presunta violación a su derecho fundamental al debido proceso, pretendiendo, como ya dijimos, que se deje sin efectos la decisión No. 2012820010875 del 18 de Octubre de 2012, emitida por la Superintendencia del ramo.

De las pruebas habidas en éste proceso, obrantes en la foliatura, se desprende que al accionante se le ha afectado su derecho constitucional a un proceso debido, por cuanto la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios Electricaribe S.A., E.S.P., ha denegado el trámite de los recursos de reposición y en subsidio de apelación que interpusiere la accionante en tiempo y en oportunidad en contra del acto administrativo con consecutivo No. RE1170201119234, por el hecho de no haber cancelado unas facturas, no obstante, nota este Cuerpo Colegiado, que tal y como lo anotó el demandante, sino se emiten tales documentos para el cancelar, lo que de suyo reconoció deber, difícilmente podría él acreditar la cancelación de tales dineros, si antes Electricaribe S.A. E.S.P., no hace lo de su competencia.

Más aún, es el mismo accionante quien deja constancia que ha pedido las facturas a efectos de cancelar lo que no está sujeto a reclamación, y así se vislumbra a folios 10 y 11 del cuaderno original que les dio a conocer a ambos accionados que: *“el día 4 de Enero de 2012, presenté ante la empresa Electricaribe recurso de reposición y apelación contra acto administrativo N° 1170201119234, reclamando servicio estimado teniendo medidor, como es de su conocimiento el mismo día al momento de impetrar dicho recurso solicite, una factura provisional para cancelar lo que reconocía deber, tal como lo estipula el artículo 155 de la ley 142/94, la cual me fue negada.*

Sin embargo intenté de nuevo con otra funcionaria, para lo cual tomé el turno N° 0060 a las 9: 06 a.m. y también me negaron la factura. Con el objetivo de demostrar que hice gestión para cumplir con la ley en mención, presente ante usted este memorial para usarlo como pruebas futuras dentro del proceso”, luego entonces, es claro que el demandante siendo conocedor de la norma citada por él mismo, y de lo que dicho sea de paso, es el fundamento para que la parte pasiva del presente mecanismo constitucional en lo que del resorte de cada una de ellas, le haya negado lo pretendido por aquél, no sólo dejó una constancia por medio de la que acredita que pese a su pedimento no se emitieron las facturas, sino que además demuestra que como ya dijimos, difícil le resulta acreditar la cancelación de ello, y correlativamente se le imposibilita acceder a los recursos que por Ley le asisten, en tanto que la emisión de tales documentos está inescindiblemente unido con la posibilidad de recurrir, situación que sin duda alguna trastoca el derecho al debido proceso.

Así mismo, revisada la resolución No. 2012820010875 del 18 de Octubre de 2012, emitida por la Superintendencia del ramo, a través de la cual se declaró improcedente el recurso de queja impetrado por el usuario del servicio, en la que se le dice: *“Es decir, que el señor JOSE ALEY PEREZ, debió acercarse personalmente a las instalaciones de la empresa prestadora*

de servicios para que expidieran el volante a cancelar correspondiente a las sumas no objeto de reclamación. Así mismo con lo referente a que la funcionaria de la empresa prestadora de servicios se negó a facilitarle sumas no objeto de reclamo, este servidor no puede entrar a determinarlo puesto que no existe prueba de ello.

*Se concluye entonces, que al observar el requisito que el legislador ha previsto en el inciso segundo del artículo 155 para poder discutir y obligar a las empresas de servicios públicos a revisar ciertas decisiones, al señalar “para recurrir el suscriptor y/o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que han sido objeto de recurso”, tenemos, que el requisito que cita expresamente el artículo en comento, es una obligación y cuyo cumplimiento es condición sine qua non para la admisión de los recursos de la vía gubernativa. De suerte que el condicionamiento que trae implícito el inciso segundo del artículo 155 viene a ser una consecuencia lógica y jurídica que debe asumir la usuaria y/o suscriptor **acreditando el pago de lo que él a motu proprio acepta deber**, obedeciendo a las sumas no objeto de reclamación o el promedio del consumo de los últimos cinco periodos, quedando pendiente la suma en reclamación hasta que se agote la vía gubernativa”.*

De lo anterior, son varias las conclusiones que extrae esta Sala, la primera de ellas, que hay prueba que el actor pidió las facturas, y en su decir no fueron expedidas, y que nada de ello contradujo el accionado, de ahí que se le debe dar credibilidad al dicho de aquél, en segundo lugar, que además de que reconoció la deuda, también demostró que en efecto se acercó a la entidad de servicios públicos, y es más presentó derecho de petición para lo propio, sin embargo la empresa accionada no hizo lo nada al respecto, en tercer lugar, que es claro que la superintendencia del ramo, pese a conocer tal solicitud, pues se le envió una copia de la misma, y además como antes dijimos al conocer de tal pedimento señaló: “posiblemente por este hecho [presunta negativa de no expedir factura] la empresa pretenda rechazar sus recursos [refiriéndose al actor]”, después, al desatar el recurso de queja del que se duele el impugnante, señaló que en esa resolución que con relación a esto “no puede entrar a determinarlo puesto que no existe prueba de ello”, contrariando así su dicho inicial y transgrediendo el derecho al debido proceso del accionante.

Así las cosas, encontramos que efectivamente se encuentra transgredido el debido proceso de la accionante por parte de las entidades accionadas, haciendo imperativo en ese sentido la intervención del Juez constitucional de tutela, ya que dicha prerrogativa “...constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales” 17 (Negrilla para resaltar)

No pudiendo pretenderse que con la simple afirmación, ya frase de cajón de que “la accionante cuenta con la vía de los contencioso administrativo para alcanzar el fin que pretende”, se pueda sustraer el Juez de tutela de su obligación de dar aplicación inmediata a uno de los postulados constitucionales, tal y como lo expresó la a-quo, más aún cuando es de los llamados de aplicación inmediata, y que fuere creado por el legislador precisamente para evitar el abuso de las autoridades frente a los requerimientos de los administrados ante estas al momento de hacer valer sus derechos.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.

Aquí, sin lugar a hesitaciones, de manera infundada se le ha cercenado al actor su derecho de interponer los recursos de ley en contra de los actos administrativos expedidos por Electricaribe S.A., E.S.P., y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De otro lado, con relación a que no se observa, en palabra de uno de los accionados, cumplimiento del principio de inmediatez que rige la acción de tutela, debe señalar esta Colegiatura, que ello no es veraz, en tanto que como lo dijo Electricaribe S.A. E.S.P., sólo han transcurrido tres (03) meses, tiempo que bien puede entenderse como razonable, máxime cuando la Resolución que se pidió dejar sin efecto emana del Octubre del año inmediatamente anterior, y como es de conocimiento público en el país, hubo paro judicial hasta mediados de Diciembre de 2012, luego entonces, con mayor razón reafirmamos que hasta Enero 15 de los corrientes, fecha en la que se impetró la presente demanda de amparo, no ha transcurrido un espacio de tiempo excesivo como para estimar que por este aspecto la acción de tutela es improcedente.

Por último, tampoco es cierto que en el caso objeto de estudio se trate de un problema de derechos de índole legal, puesto que con fundamento en las disquisiciones que hicimos en torno al derecho al debido proceso, es diáfano que el asunto es de carácter constitucional.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: sentencia T-280 de 1998, artículo 29 y 85 de la Constitución Política.

FECHA: Marzo 18 De 2013

ACCIONANTE: José Aley Pérez

ACCIONADO: Electricaribe S.A. E.S.P.- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

RADICACIÓN: 08-001-31-09-001-2013 -0007-00 (**2013-00104-T-CR**)

DECISIÓN: Protege Derecho Al Debido Proceso. Ordena Dejar Sin Efecto Resolución Superservicios. Niega Protección Al Derecho A La Igualdad.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 011 – MARZO DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL- Imitación de productos/ **INDUCCIÓN EN ERROR AL CONSUMIDOR**-Sobre el establecimiento de comercio, las prestaciones comerciales o la actividad del productor/**PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN DE UNA ESTRATEGIA DESLEAL**-No fue demostrada en el proceso. *Pág. 5*

AYUDA ALIMENTARIA DE TRANSICIÓN-Solicitud/Procedencia/Remisión a la Unidad competente/**RECURSOS DE VÍA GUBERNATIVA**-No proceden contra actos de trámite/**SATISFACCIÓN DEL DERECHO PRETENDIDO**-Se infiere del dicho del accionante. *Pág. 34*

COMPAÑÍA DE SEGUROS-Sólo responde por el monto de lo asegurado/ **HOMICIDIO CULPOSO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO**-El autor responde por violación al deber objetivo de cuidado en el manejo de automóviles/**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**-Procede en razón de la conducta gravemente culposa e imprudente del sujeto agente/**APLICACIÓN DE LA LEY 890 DE 2004**-Está sometida a la implementación del sistema penal acusatorio. *Pág. 24*

FACTURA EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS -Debe responder a una real lectura que se haga de los instrumentos de medición/ **RESOLUCIÓN A LOS RECURSOS EN VÍA GUBERNATIVA**-Protección Al Debido Proceso Del Usuario. *Pág. 36*

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Medios de prueba que conllevan a la certeza al juzgador/materialidad de la conducta/**DOCUMENTOS REPRODUCIDOS**-Validez probatoria para demostrar la conducta de falsedad material/**PRUEBA GRAFOLOGICA**-Indica que el procesado diligenció con su puño y letra las boletas falseadas. *Pág. 29*

FUERO SINDICAL-Garantía laboral/**AFORADO CON RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN**-Debe preceder la respectiva acción de levantamiento del fuero sindical/**IMPOSIBILIDAD JURÍDICA O MATERIAL**-Principio general del Derecho/ **ACCIÓN DE REINTEGRO**-Petición antes de tiempo *Pág. 21*

JUSTICIA PREMIAL-Finalidad/Terminación extraordinaria del proceso penal/**NEGOCIACIÓN Y PREACUERDOS CELEBRADOS CON LA FISCALÍA**-Procedencia/**ACEPTACIÓN DE CARGOS**-No implica *per se* una sentencia condenatoria/**AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DEL ACUERDO**-Impone al juez un análisis de la legalidad y del respeto hacia los derechos fundamentales. *Pág. 32*

NULIDAD PROCESAL POR FALTA DE COMPETENCIA-Improcedente por no estar sometido el asunto a la Superintendencia de Sociedades/ **IMPUGNACIÓN DE LAS**

DECISIONES DE JUNTA DE SOCIOS-Mecanismo de protección y control/**SOCIO DISIDENTE, AUSENTE Y ABSTENSIONISTA**-Conceptos/Diferencias/**ACTOS SOCIETARIOS VICIADOS**-Sólo pueden atacarse si producen ineficacia, nulidad o inoponibilidad/**SOCIO ABSTENCIONISTA**-No está legitimado para impugnar decisiones sociales. *Pág. 2*

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Cuando el asegurado fallece en vigencia de la ley 797 de 2003/**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**-No resulta aplicable/**PENSIÓN DE VEJEZ**-Si el finado reunía los requisitos para hacerse acreedor a ella le resultan aplicables las normas vigentes al momento en que se causó el derecho/**DERECHO A LA PENSIÓN**-Es imprescriptible/Se transmite por causa de la muerte. *Pág. 15*

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ-Procedencia/Beneficiarios del Régimen de Transición/**TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL AHORRO INDIVIDUAL**-Consecuencias/**COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**-Los precedentes en sede de constitucionalidad se tienen como doctrina obligatoria/Restricciones al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. *Pág. 18*

RESOLUCIÓN DE CONTRATO INCUMPLIDO-Improcedencia para contratos de prestación de servicios médicos/Aplica la figura de la terminación/**SOLIDARIDAD**-Puede ser legal o contractual/**RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD**- Protección Legal. *Pág. 11*