

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



MARZO 2015

Número 33

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL-Falla en la prestación del servicio de energía eléctrica/Violación al contrato de condiciones uniformes/ **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL** -Viene dado por la inestabilidad del servicio eléctrico que afectó el funcionamiento de los motores que garantizaban la oxigenación en las piscinas donde se criaban los camarones del demandante/**CAUSA EXTRAÑA**-No se encontró ninguna demostrada en el proceso que sirviera de eximente a la demandada

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIÉRREZ

Causa fáctica: En el presente caso, se persigue la declaratoria de responsabilidad civil a cargo de Electricaribe por fallas en la prestación del servicio de energía eléctrica, lo que terminó deteriorando la actividad comercial de la demandante (cultivo de camarones), en razón a las deficiencias que presentaba el fluido eléctrico, lo cual le generó graves perjuicios de carácter pecuniario.

Extractos: "Siendo el fundamento de la responsabilidad reclamada el posible incumplimiento de la obligación de la demandada de prestar un servicio eléctrico continuo y de la calidad a las instalaciones que el demandante tenía destinada a la cría de camarón, a que se había comprometido al suscribir un contrato de condiciones generales de prestación de servicio eléctrico, no existe duda que nos encontramos frente a una responsabilidad civil contractual. Y no es motivo de debate procesal y probatorio entre la partes la existencia de tal contrato y de la obligación de prestación a que se obligó el demandado. Como tampoco fue debate entre las partes la existencia del incumplimiento en la prestación continua y de calidad necesaria del fluido eléctrico necesario para mover los motores que garantizaban la oxigenación en las piscinas donde se criaban los camarones del demandante, lo que constituye una aceptación de la ocurrencia de tal circunstancia, más cuando centra su defensa en la consideraciones de que tales criaderos estaban ubicados en un sector de inestabilidad en la prestación de tal servicio.

Por consiguiente, de lo anterior ha de concluirse que el primer presupuesto de la responsabilidad civil contractual se encuentra debidamente demostrado.

Del hecho, para que pueda predicarse responsabilidad civil, debe desprenderse un daño para el demandante, que es precisamente lo reclamado en el proceso como el presupuesto más esencial a tener en cuenta para la prosperidad de la pretensión. Se ha dicho que el daño es la situación desfavorable en que ha sido colocada la demandante por la acción o la omisión del demandado, la cual, puede recaer sobre sus bienes o sobre su persona, como también puede ser patrimonial o extra patrimonial.

Si al iniciarse el criadero el demandante claramente tenía establecido el sistema eléctrico de motores para oxigenar el agua donde se criarían los camarones y así procedió a su diseño empresarial, iniciado el objeto social de su establecimiento, presentado el incumplimiento anteriormente admitido, con necesaria lógica se ha de tener como consecuencia el deterioro de la especie en criadero, por ser de perogrullo la circunstancia que sin la oxigenación necesaria para el buen desarrollo de la especie animal camarón, su pauperización sería evidente y finalmente pierde calidad y muere, ha de entenderse que tal circunstancia constituye a no dudarlo en una situación desfavorable para el demandante, quien ve transformada, no sólo su inversión sino sus expectativas negócias y aspiraciones morales en una situación totalmente adversa.

Tal circunstancia se encuentra demostrado, entre otros medios por la declaración del señor GIOVANNI BRAVO JIMENEZ folio 333, quien expresa constarle la mortandad de camarones del demandante y de las frecuentes suspensiones de la prestación del servicio eléctrico, “dado que por garante de la prestación de los servicios públicos llevábamos un registro de las interrupciones del fluido eléctrico de ELECTROCOSTA, que pasaban de sesenta en el mes y ese registro uno lo remitía a la Defensoría del Pueblo”¹. Agregó que el fluido era suspendido dos días a la semana de 8 de la mañana hasta las 4 de la tarde y el camarón muerto se extendía a las tres piscinas.

Así mismo la declaración de la bióloga LUCIA DEL CARMEN LARA GARZON, quien describe el proceso natural de crianza de camarón y especialmente su recepción concreto de las camaroneras del demandante, para luego de constatar las circunstancias, concluyó que, “no había nada que hacer” y al tratar de salvar los restantes de las tres piscinas y hacer una sola, ello no fue posible “pero ello no fue posible porque fueron muriendo en el transcurso del tiempo”, en fin expresa que murieron todos². Respecto de la irregularidad de la prestación del servicio, la misma testigo expresó: “se iba constantemente y tenía muchos picos, también se iba constantemente en periodos prolongados, horas, días, varias veces se iba varios días”³, todo ello sin avisar a la comunidad de tales suspensiones.

¹ Folio 334 del expediente.

² Folio 338 del expediente.

³ Folio 338 del expediente

Todo lo anterior igualmente fue corroborado por el testigo LEIDER HERNANDEZ CASTELLAR, con lo cual se permite la Sala concluir que efectivamente el desvalor reclamado por el demandante se encuentra demostrado en el plenario y así ha de tenerse. El título de imputación, aun tratándose de responsabilidad contractual, sigue regido por posibles criterios subjetivos, específicamente de culpa o dolo, que tratándose del desarrollo de una actividad peligrosa, como lo es la prestación de servicios eléctricos, es presumible la culpa en cabeza de su prestadora.

En el caso presente, la obligación nacida del contrato de prestación de servicio suscrito entre las partes trabadas en el proceso, era la de brindar un fluido continuo y de calidad en favor del demandante y poder garantizar la idónea oxigenación de las agua en las piscinas de criadero del camarón, que como se ha puesto en evidencia no ocurrió en el presente asunto. Aquel incumplimiento de la obligación del demandado y su no reacción en el sentido de intentar superar la situación irregular de la prestación obligada, hacen tener por probado la negligencia de dicha entidad demandada en el cumplimiento de su deber contractual y en la causación del daño reclamado, por lo que el título de imputación igualmente se encuentra demostrado y así ha de tenerse.

No hay duda que la demandada, al sustituir a la original contratista de prestación del servicio eléctrico pactado y ser la única que presta dicho servicio en la zona donde está ubicado el establecimiento de comercio donde se desarrollaba el criadero de camarones, impone admitir que el vínculo material u ontológico entre el hecho dañoso y el daño mismo están adecuadamente establecidos y a la vez aquellos elementos se relacionan con la actividad prestadora del servicio eléctrico que la demandada pactó prestar a la demandante, por lo que este presupuesto igualmente está demostrado. Faltaría únicamente estudiar si el presupuesto demostración de la cuantificación del daño se ajusta a la realidad procesal, para ello se realizó un dictamen pericial mediante un auxiliar de la justicia, quien dictaminó razonadamente la cuantificación del desvalor alegado por el demandante y encontrando que está demostrado que la pérdida de camarón fue total y que la causa adecuada para la ocurrencia de tal detrimento fue la irregular prestación del servicio eléctrico, parte de ello, para establecer dinerariamente el desvalor del demandante, por lo que se valió de las pruebas existentes en el proceso, especialmente el estudio realizado previo al proceso por CRAWFORD COLOMBIA LTDA, por lo que la Sala avala la valoración efectuada por la funcionaria de primera instancia al respecto. Contra esta realidad sustancialmente demostrada, la parte demandada excepciona y alega en su alzada que no es posible condenarla por el deterioro patrimonial de la demandante por cuanto esa inversión era experimental y no existía antecedentes de productividad, pero, encuentra la Sala que la muerte de los camarones y la pauperización reclamada no deviene de malas prácticas en la estrategia del cultivo, alimentación y tratamiento del producto, sino a aspectos relacionados con el suministro del fluido eléctrico, del cual, existe suficiente prueba de que fue prestado irregularmente en cuanto calidad y continuidad, como lo requería el cultivo de camarón, amén de que el demandante cumplió con las exigencias técnicas necesarias y aprobadas por la misma demandada, como lo demuestra el conjunto probatorio.

Por otro lado, tratándose de la prestación del servicio, para exonerarse de responsabilidad la demandada, le correspondía traer la prueba de la existencia de una de las llamadas causas extrañas, como son causa exclusiva de la víctima, de un tercero o caso fortuito o fuerza mayor, de lo cual, existe absoluta falta de prueba.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 177 y 241 del Código de Procedimiento Civil.

DEMANDANTE: Industria Acuícola del Caribe Ltda.

DEMANDADO: Electricaribe Y Otros

FECHA: Marzo 11 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2010-00197-02/ **38.291**

DECISIÓN: Confirma providencia con fundamento en lo expuesto por el Tribunal. Adiciona reconociendo intereses legales a partir de la ejecutoria de la sentencia.

COMPETENCIA DESLEAL- Desviación de clientela, confusión en el mercado e inducción a la ruptura contractual/**ACTOS DE INSTIGACIÓN-** No fueron demostrados en el proceso/**TERMINACION CONTRACTUAL-**Fue producto del resorte mismo de la dinámica natural y libre del mercado/**OFERTA COMERCIAL-** Se limita a atraer proveedores, clientes o empleados de sus competidores mediante su proposición u ofrecimientos que puedan captar la atención de éstos

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, pretende el demandante que se declare en el proceso la existencia de actos de competencia desleal por desviación de clientela, confusión e inducción a la ruptura contractual propiciada por los demandados. En consecuencia, solicita sean condenados solidariamente como responsables de los perjuicios irrogados con su conducta.

Extractos: “**4.6.1.** En cuanto los Actos de Desviación de Clientela, estipulados en el artículo 8 de la mentada legislación sobre competencia desleal, tenemos que, su descripción normativa contempla que se considerara como tal “toda conducta tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.”

Sin duda alguna, la desviación de la clientela de un competidor es una pretensión o finalidad legal, legítima y connatural al comercio, empero, la norma reprime aquellos comportamientos que tengan por intención (objeto) o consecuencia (efecto) desviar la clientela a consecuencia de medios o mecanismos ajenos a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. Por tal razón, al complementar el supuesto de hecho de la norma una exigencia modal, a saber, que a la conducta revele oposición o contravención a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, le corresponde al demandante probar la existencia de la costumbre o del uso debido, contraponerlo a la conducta de las demandadas, y a partir de tal ejercicio, colegir que el proceder de la parte pasiva es ajeno a la exigencia de respetar las costumbres mercantiles y usos honestos.

Inexorablemente, en el presente asunto, para efectos de acreditar la ocurrencia del acto desleal que se desarrolla, era imprescindible que la actora, de un lado, demostrara que la clientela de Esso Colombiana Limited, se abstuvo, efectiva o potencialmente, de adquirir los productos de ésta para luego optar por los ofrecidos por Terpel del Norte. y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros de la buena fe, las sanas costumbres y los usos honestos, usurpara o al menos hubiese pretendido hacerlo, clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen adquirido los productos de la demandante, y en consecuencia, se itera, contrastar el comportamiento debido o llamado a ser con el desenvolvimiento en el mercado de las demandadas.

No obstante lo anterior, lo cierto es, que ningún elemento de convicción al respecto fue aportado al plenario por el extremo actor, bajo el presupuesto que, ni fue acreditada el desvío de la clientela, y en menor entidad, o mejor casi nulo, el complemento modal que exige la tipología normativa del acto de competencia desleal que recoge la censura a la desviación de clientela, esto es, las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial que reprime como inobservados por las demandadas.

Con todo, recuérdese que por acto de competencia, a la luz de la jurisprudencia, debe entenderse como *“... la disputa o contienda entre empresarios que rivalizan por un mercado, esto es, por obtener más clientes frente al competidor, en el entendido de que solo habrá competencia con la connotación de desleal, cuando uno de esos intervinientes en el mercado mejora o aumenta su participación al tiempo que la de su competidor disminuye correlativamente, y en el supuesto de que ello sea consecuencia de la incursión, por parte del primero, en actos censurados y prohibidos por el ordenamiento jurídico. Adviértase, incluso, que el numeral 9º del derogado artículo 75 del Código de Comercio expresamente señalaba como acto de competencia desleal aquel “realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad”, expresión que reclama la concurrencia en el mercado.”*⁴. De suerte que, no establecido con certeza los ingredientes normativos del tipo, mucho menos, se discriminó con precisión que comportamientos son constitutivos de los actos de desviación de clientela, dado que, bajo los mismos hechos se pretende indebidamente obtener el encuadramiento típico de las tres situaciones anticompetitivas prohibidas por la ley, se desestima la incursión de los demandados en actos de desviación de clientela.

Finalmente, sobre este punto, el Tribunal destaca que la desviación de la clientela de un competidor denunciada por la demandante igualmente está llamada al fracaso si en cuenta se tiene que el establecimiento de comercio, es decir, la estación de servicio, es de propiedad de la demandada Servicampestre Ltda, y en tal sentido la clientela como intangible que hace parte del establecimiento mercantil es un activo cuya titularidad está en cabeza de la referida demandada Servicampestre Ltda como propietaria de aquél establecimiento, y por tanto, no se ve cómo pueda imputarse tamaña conducta de desviación de clientela al propio titular de la misma, es decir, a Servicampestre Ltda, propietaria de la estación de servicio.

4.6.2 Los Actos de Confusión, cuyo vertimiento tipológico normativo se encuentra en el artículo 10 de la Ley 256 de 1997, describe como desleal *“... toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.”*, imputación que realiza Esso contra las demandadas al amparo de los hechos

⁴ Sentencia CSJ. Sala de Casación Civil. 13/11/2013. MP: Arturo Solarte Rodríguez. Ref.: 11001-3103-014-1995-02015-01

ocurridos al momento de que Servicampestre inició relaciones comerciales con Terpel del Norte, particularmente en el proceso de desmonte de los símbolos de identificación en la estación de servicio, ya que, las demandadas de consuno auspiciaron la venta y suministro de productos Terpel sin aún retirarse los avisos exteriores de la Esso que se encontraban ubicados en el techo de las islas de surtidores.

El acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consistente en "*garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado*"⁵, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error "*sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios*" que se le ofrecen⁶, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues, conforme lo señalado anteriormente en cuanto los requisitos para predicar un comportamiento anticompetitivo, basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir⁷.

Se aclara, que el acto desleal que se estudia comprende el evento en que "*el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro*" (confusión directa)⁸, y aquellos donde se percibe el riesgo de asociación, el cual se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, "*pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.*" (confusión indirecta)⁹.

Por manera que, se produce un acto de confusión cuando el consumidor presume que una actividad, producto, establecimiento o prestación tiene un origen empresarial que no le corresponde, o le atribuye erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa, bien porque los signos son a tal punto parecidos que se confunden unos con otros o bien porque se cree, a pesar de la diferencia de marcas, que provienen de un mismo empresario.

En orden a determinar si se ha producido un acto de confusión (directo o indirecto) debe observarse en el mercado, entre otros (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión, (ii) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación, y (iv) el grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación.

4.6.2.1 En el presente asunto sin discusión hay que dar por cierto, amén de lo reconocido por la demandada al contestar los hechos, que el terreno de la estación de servicio denominada Campestre fue adquirido por Servicampestre Ltda por compra a Lía de Vivero de Espinosa, mediante Escritura Pública No 3082 de 17 de diciembre de 1991 ajustada en

⁵ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 294.

⁶ *Ibidem*. Pág. 357.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Auto No. 1841 de 2010. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial dentro del proceso No. 32-IP-2009.

⁹ SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 79.

la Notaría 2ª de Barranquilla, inmueble que a su turno ésta había hipotecado con anterioridad a favor de la Esso, garantía contenida en la Escritura Pública No 487 de 7 de marzo de 1991, donde además se había celebrado un contrato de arrendamiento por 15 años – hasta el 2007 - sobre el inmueble. Luego, mediante contrato A1010 de 21 de octubre de 1992, Servicampestre suscribió con Esso el “contrato de arrendamiento de estaciones de terceros”.

Por otro lado, de las comunicaciones cruzadas entre las partes para la temporalidad en que acaecieron los hechos materia de la cuestión debatida, se evidencia que con misiva de fecha 23 de mayo de 1997 enviada por el representante legal de la Esso Colombiana Limited a Terpel del Norte S.A. le informan que “Hemos tenido conocimiento que Terpel del Norte S.A., ha formalizado ofertas para vincular a la red de estaciones de servicio Terpel, las denominadas Campestre y San Benito ubicadas en la ciudad de Barranquilla. Para efectos de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, por medio de la presente comunicación nos permitimos informarles que dichas estaciones de servicio se encuentran vinculadas a la red de Esso Colombiana Limited mediante contratos de arrendamiento a largo plazo, suscritos por escritura pública.”

Posteriormente, le siguió carta de 14 de julio de 1997, mediante la cual, el gerente de Servicampestre Ltda le comunica a la Esso Colombiana Limited, que “Desde mediados del mes de mayo del año en curso, puse en conocimiento del señor Carlos Alberto Jaimes, Gerente del Distrito Norte, los hechos y circunstancias relacionados con nuestra Estación de Servicios que dificultan nuestra permanencia bajo esa bandera, habida consideración de la conveniencia que representa para nosotros optar por una vinculación diferente. Como quiera que han transcurrido dos (2) meses sin obtener de parte de ustedes ni del señor Jaimes oferta alguna que justifique nuestra vinculaciónnos permitimos informarles que, si llegado el 5 de agosto del año en curso la situación permanece igual, nos veremos en la penosa necesidad de acogernos a la opción que se nos ha propuesto ...”. Requerimiento frente al cual, se avista contesta a cargo de la Esso con escrito de 30 de julio de 1997, recordando a Servicampestre “que en la actualidad tiene la Sociedad Servicampestre Ltda, que usted representa, un contrato de arriendo firmado con la Esso Colombiana el cual se encuentra vigente hasta 1º de enero del año 2007...”

Posteriormente, con misiva de fecha 5 de septiembre de 1997, remitida por Servicampestre a Esso, una vez le reitera los reclamos relacionados con la construcción de islas adicionales, de un tanque destinado a la venta de combustible diesel, y el arreglo del sistema eléctrico de la estación, le recuerda al destinatario que “Todo lo anterior se les ha puesto a ustedes de presente, y motivó nuestra comunicación calendada el 14 de julio del año en curso y dirigida al Presidente de la Esso señor Vicente Diego, en donde la manifestamos que, de no obtener una respuesta positiva a las inquietudes planteadas antes del día 5 de agosto, nos veríamos en la necesidad de buscar una opción diferente que permitiera a la empresa sobrevivir y crecer de acuerdo a nuestras justas expectativas, obteniendo, como de costumbre, una respuesta, a más de negativa, amenazante, por parte de ustedes.”, y a su vez le da aviso que “... a partir del día lunes 8 de septiembre de 1997, nos abstendremos de seguir comprándoles sus productos. En consecuencia, rogamos a ustedes retirar sus avisos y equipos de nuestra estación, con excepción de los avisos sobre el precio de productos y atención al cliente los cuales fueron elaborados por cuenta nuestra....”.

A lo anterior, con escrito de 8 de septiembre de 1997, Esso pone de presente a Servicampestre la existencia contrato hasta enero de 2007, y con escrito independiente de igual calenda, reprime a Terpel lo relacionado con la sustitución de los equipos

Finalmente, del cruce de correspondencia, se halla que Terpel en la citada fecha, le manifiesta a la Esso que "...si Servicampestre Limitada decidió en forma libre y voluntaria no continuar su vinculación a su compañía, después de que sus requerimientos fueron desatendidos por ustedes, no puede hablarse entonces de competencia desleal por parte de Terpel sino más bien falta de atención de parte de ustedes a tales requerimientos".

Importa acotar que conforme el dictamen rendido por Javier Ahumada Ahumada y Antonio Polo Robles, de la correspondencia cruzada entre Servicampestre y Terpel del Norte se encontró carta de 27 de agosto de 1997 donde ésta le presenta al representante legal de aquella "oferta de Afiliación", exponiéndole que "Teniendo en cuenta lo manifestado por usted, en el sentido de que ha decidido desvincularse de Esso Colombiana Limited y es su interés de vincularse a nuestra red de distribuidores..."¹⁰. Y, respuesta de aceptación a la misma¹¹, como los respectivos contratos de suministro y comodato que emanaron de la anterior dinámica contractual.¹²

Por su parte, sobre el punto de cambio de elementos de identificación comercial de la Esso por los de Terpel, como acertadamente lo anotó el juez de instancia, en el escrito de demanda tal conducta no fue delimitada temporalmente, en tanto, no se precisó el tiempo durante el cual permaneciendo los signos distintivos de las dos marcas en la estación de servicios. Al contrario, Servicampestre al descorrer el traslado de la demanda, singularmente sobre el punto debatido señaló que "La falta de retiro de los avisos exteriores de Esso (durante cinco días) no se debió a negligencia de Servicampestre, sino a la negativa mal intencionada de la Esso a retirarlos...".

Al respecto, Gabriel Ramón Diago García¹³, en el interrogatorio de parte rendido como representante legal de Servicampestre, expuso que "Igualmente me permito aclarar que los techos que cubren las llamadas islas o sea donde se encuentran los surtidores de gasolina estuvieron identificados con la marca Esso al igual que el aviso exterior, ello se debió a la culpa exclusiva de la Esso quien se negó a retirarlos a pesar de nuestra insistencia, ante lo cual nos vimos obligados a tapar la marca que tenían los techos y a pedirle a Terpel ya que no contábamos con los instrumentos para quitar los techos y los avisos que procedieran a retirarlos. Lo que se produjo en los días inmediatamente siguientes a la desvinculación comercial con la Esso. De ello existe constancia en el expediente y concretamente en la comunicación de septiembre 13 de 1997 dirigida por el suscrito como representante legal de Servicampestre Ltda a la Esso y que obra a folio 42 del expediente. Ella se refiere al hecho de que el señor Jaime Jaramillo, se dedicó a tomar fotos a la estación desde el día 8 de septiembre con la clara finalidad de usarla contra nosotros, en el anunciado proceso con que tuvieron a bien amenazarnos..."

En lo atinente a la duración del proceso de sustitución que se habla, fue enfático en explicar que "el proceso de sustitución se hizo de un día para otro es más en la comunicación del 5 de septiembre de 1997 que me fue puesta de presente en una pregunta anterior se le notificó

¹⁰ Fl 483 a 484 Cuaderno Original ¾ Folios del 410 al 732

¹¹ Fl 485 ídem

¹² Fl 488 a 496 ídem

¹³ Ver fl 430 a 433 del cuaderno original ¾ folios del 410 al 732

a la Esso que a partir del 8 de septiembre Servicampestre Ltda, dejaría de comprar sus productos así que al haber sustituido los elementos a que se refiere la pregunta de un día para otro no se hizo cosa diferente de proceder en consecuencia con lo que se le había comunicado a la Esso”

Luego, bien se ve, que a la luz de los ingredientes normativos que componen el tipo anticompetitivo de actos de confusión no se encuadra la conducta de las demandadas. Servicampestre, como lo evidencia el intercambio de comunicaciones escritas que se reseñó, dio aviso oportuno a Esso de la ruptura unilateral de las relaciones comerciales a partir del 8 de septiembre de 1997, fecha en la que, comenzó a distribuir productos de la marca Terpel en razón a los contratos ajustados, por consiguiente, y merced de los compromisos contractuales celebrados con ésta, y dada la negativa de su anterior cocontratante de retirar sus elementos de distinción comercial, tal como le fue requerido anteriormente con misiva de 5 de septiembre precedente, la propietaria de la estación de servicios debió por su cuenta extraer tales elementos de identificación en el mercado de la demandante, proceso que como fue reconocido lo auxilió la mayorista que ingresaba a distribuir en la estación de servicios,

En cuanto a Terpel del Norte, indiscutiblemente a consecuencia de los contratos de comodato y suministro celebrados con Servicampestre, procedió a entregar su material de individualización comercial y a su respectiva instalación, tal como da cuenta el testimonio de Fernando Mario Arteta Garcia¹⁴, representante legal de Terpel para la fecha de los hechos, al asegurar que los elementos de identificación comercial de la marca Terpel fueron colocados directamente por personal de la empresa, pues “Usualmente, el manejo y la instalación de esos elementos principalmente con respecto a los surtidores o bombas de suministros de combustibles se lleva a cabo por personal idóneo contratado directamente por las empresas distribuidoras mayoristas, por lo que es muy poco probable que en este caso no lo hubiera hecho Terpel del Norte...”. Probanzas que sirven de soporte para concluir que tal comportamiento, no encaja en la descripción normativa del tipo anticompetitivo que se analiza.

Desde luego que al escrito de demanda se aportó registro fotográfico que enseña en la parte superior de la estación de servicio Campestre los avisos exteriores de la Esso en el techo de las islas de surtidores, en tanto que, los signos que identificaban los surtidores representaban a la marca Terpel del Norte, situación que reconoce el mencionado declarante al aducir que los colores y elementos de identificación de los surtidores visibles en las fotos corresponde a los de Terpel. Sin embargo, recordando que para pregonar una conducta como edificante de un acto de competencia desleal se demanda que obedezca a uno que revista la intención de disputar la clientela y que sea apto o capaz para fungir como desleal, requisito éste que a su vez exige que el acto deba mostrarse “objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”, ha de decirse que, el proceder de Terpel del Norte apunta a la honra de los contratos ajustados con Servicampestre, y de modo alguno ostenta la virtualidad de confundir la clientela, aún más, ante el poco tiempo – 5 días - que se encuentra acreditado en el expediente permanecieron en la estación de servicios de forma coetánea los elementos de individualización de las dos mayoristas., con el agregado que la actora había sido requerida para el retiro de aquellos sin proceder a su desmonte.

¹⁴ Ver fl 470 a 472 ídem

Sin duda, no hay forma que el Tribunal deduzca en grado de certeza que la permanencia en tan corto lapso de tiempo de los signos distintivos de las dos distribuidoras mayoristas de productos derivados del petróleo condujera a que la clientela de Esso confundiera las marcas y sus mercancías correspondientes, especialmente si del registro fotográfico que se menciona resulta fácil distinguir a partir de los colores e identificación de los surtidores que estos representaban a Terpel del Norte, y corolario entonces, que en la estación de servicio se ofrecían productos y servicios de la última en mención .

Agrégase a lo anterior que, el registro fotográfico traído al expediente muestra en su conjunto que los elementos de identificación mercantil del establecimiento de comercio, la estación de servicio Campestre, en su mayoría, visualmente, corresponden a la demandada organización Terpel S.A, en particular los surtidores de combustible – se aprecia – tienen los colores distintivos de la demandada Terpel S.A., y por lo mismo, los usuarios o clientes de la estación de servicio de propiedad de Servicampestre percibían sensorialmente que los productos ofrecidos para la venta en ese lugar no eran otros que los correspondientes a la marca Terpel, vale decir, no obstante existir algunos avisos distintivos de la demandante Esso Colombiana Limited – particularmente algunos costados del techo que cubría los surtidores de combustibles – es lo cierto que el mayor grado de distintividad externa del producto o servicio ofrecido en la estación de servicio, correspondía, se repite, a la demandada Terpel S.A., de tal suerte que, para la Sala, no se configura los denunciados actos de confusión configurantes de la competencia desleal alegada por la actora, porque la capacidad volitiva y decisoria de los consumidores ciertamente identificaba los productos de la firma demandada; razón adicional para que por éste aspecto se nieguen las pretensiones contenidas en la demanda.

4.6.3 Finalmente, en lo que respecta a la última de las conductas restringidas de competencia desleal de la que acusa la actora a las demandadas, la de Inducción a la ruptura contractual, ménester es señalar que prevista la misma en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996 consagra como tal “...*la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.*”

La anterior tipificación legal contempla dos hipótesis a partir de las cuales se puede incursionar en la comisión del acto desleal que se habla, la primera, se finca en la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La segunda refiere a la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena, ésta que sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

En ese orden de ideas, y partiendo que en el pleito *sub judice* se trata de la segunda de las eventualidades consignadas en la disposición normativa, es a partir de la definición legal que se precisan como sus ingredientes, i) la existencia de una relación contractual entre el sujeto pasivo de la conducta desleal y el agente inducido, así como la terminación regular de dicho vínculo, ii) la irrupción en las relación contractual referida en el literal anterior, por parte del

sujeto activo de la conducta, con el propósito de motivar la terminación regular de dicho vínculo, iii) el conocimiento de la terminación regular del contrato en cuestión por parte del agente inductor, iv) finalidades como la expansión de un sector industrial o empresarial o la intención de eliminar a un competidor del mercado; y v) La utilización de medios reprochables como el engaño u otros análogos.¹⁵

Verificada la materialidad de cada uno de los reseñados requisitos en la conducta de las demandadas, en cuanto se trata de Servicampestre, visible se tiene que ésta es del resorte exclusivo de la terminación unilateral de una relación contractual sin que deba la Sala de Decisión dilucidar ni la existencia, ni la validez de la misma, y en definitiva, en menor medida el cumplimiento o no de las condiciones negociales que rodearon las relaciones comerciales entre la actora y la aludida demandada, problemáticas que en parte, como se expuso *ab initio* de esta decisión, ya han sido definidas judicialmente, incluso, en sede de casación.

Ahora, frente a Terpel del Norte, las circunstancias facticas acreditadas en el infolio, amén del material instructivo reseñado al tratar la causal de conducta desleal anterior, no son indicativos ni muestran que aquella como sujeto activo del comportamiento reprochado indujera la voluntad negocial de Servicampestre de fenecer por su cuenta la relación contractual que sostenía con la Esso, ni tampoco, que el comportamiento de Terpel guardara por objeto la expansión del sector industrial o empresarial al que pertenece ésta, y que por demás comparte con la demandante, ni que la acompañara alguna de las circunstancias que vierte la norma, a saber, escenarios de engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

Al contrario, los medios de convicción recaudados durante la etapa de instrucción enseñan que Servicampestre acudió voluntariamente a Terpel del Norte pretendiendo su ingreso a la red de distribución de ésta. Esto, lo dio a conocer en su testimonio Fernando María Arteta García, al describir que la vinculación de la estación de servicio Campestre se originó porque *“El propietario de la estación de servicio, Doctor Gabriel Diago, se acercó a nuestras oficinas y nos manifestó que por razones que él consideraba poderosas iba a dar por terminado el contrato con Esso Colombiana y que quería vincularse a la Red Mayorista de Terpel del Norte, Hicimos énfasis en que era necesario que la desvinculación con la Esso y la vinculación con Terpel del Norte fuese voluntaria y motivada por las deficientes relaciones contractuales en ese momento con el mayorista Esso Colombiana. Luego de comprobar lo anterior y ante el hecho de la ruptura voluntaria por parte de su Propietario de las relaciones comerciales entre la Esso y Servicampestre, Terpel del Norte procedió a incluir la Estación de Servicio Servicampestre en su Red de Distribución.”* Aserto que corrobora en su interrogatorio el gerente de Servicampestre, y que de igual manera afianzan probatoriamente las misivas cruzadas entre ésta y la demandante, en virtud de las que, le exige la modificación de las condiciones contractuales.

Luego entonces, no motivada por Terpel del Norte la terminación contractual que hizo Servicampestre, puede colegirse que la desvinculación de ésta con la Esso es del resorte mismo de la dinámica natural y libre del mercado, escenario que se limita a atraer proveedores, clientes o empleados de sus competidores mediante la proposición de ofertas u ofrecimientos que puedan captar la atención de aquellos, siempre que no se presenten los anotados elementos configurativos del acto desleal en estudio. Es decir, legítima la pretensión en Terpel de obtener nuevos puntos para la distribución de sus productos y servicios, ésta

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 6 de 2005, No. 7 y 8 de 2007, y No. 17 de 2011.

solo degeneraría como desleal, y por ende sería reprochable, en el evento que el extremo actor hubiese cumplido con su carga de probar que la conducta de Terpel la escoltaron circunstancias de engaño, la intención de eliminarlo del mercado u otros equivalentes o semejantes. No cumplida probatoriamente el evidenciamiento material del complemento modal del tipo de acto desleal de inducción a la ruptura contractual, tampoco prospera la alzada respecto de tener por configurada la causal.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 256 de 1996: artículos 2, 8, 7, 17 y 21, Constitución Política, artículo 333, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 2013, Rad: 11001-3103-014-1995-02015-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Corte Constitucional, Corte Constitucional: Sentencia T-375-95.

DEMANDANTE: Esso Colombiana Limited, hoy Exxonmobil de Colombia S.A.,

DEMANDADO: Terpel del Norte S.A., hoy organización Terpel S.A. y Servicampestre Ltda.

FECHA: Febrero 3 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-004-1997-10916-03/ **38.090**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada por razones expuestas por el Tribunal. Declara falta de legitimación por pasiva.

2.SALA LABORAL

RECURSO DE APELACIÓN-Improcedencia/ AUTO QUE DECLARA FALTA DE JURISDICCION-Es inapelable/ Remisión al Código de Procedimiento Civil/Debe remitirse al juez que se estime competente

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ELVER NARANJO

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la alzada que se conceda contra un auto que declara la falta de jurisdicción, alegando que quien debe conocer del proceso es la justicia contencioso administrativa.

Extractos: “Por sabido se tiene de conformidad con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplican las normas análogas del mismo cuerpo legal y en su defecto las del C. de P. C. bajo ese entendido resulta que tanto para el rechazo de la demanda por falta de competencia jurisdiccional, como para los efectos de la declaración de la excepción previa de falta de jurisdicción, como la nulidad por la misma causa, el ordenamiento adjetivo laboral guarda silencio respecto del trámite a seguir, resultando necesario como se ha mostrado, acudir a las previsiones del Código de Procedimiento Civil.

En ese orden resulta que si bien de la lectura del numeral 7 del artículo 97 del código de procedimiento civil, puede concluirse *prima facie* que el auto que declara probada la excepción de falta de jurisdicción es apelable, ello asumía como basamento los efectos que se producían frente a la estructuración de esa excepción, los cuales consistían en la terminación del proceso.

Sin embargo la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad C- 662 de 2004 en la que se declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 91 del CPC, indicó en lo que atañe a la

excepción de falta de jurisdicción, que cuando se declare probada debe remitirse el proceso ante el juez que se considere competente.

Así mismo y bajo idénticos presupuestos ontológicos y normativos, la sentencia C-227 de 2009, dispuso en su *ratio decidendi* que “*el efecto de una declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción o competencia debe ser el envío del proceso al funcionario competente, sin que tal hecho genere interrupción de la prescripción, ni operancia de la caducidad*” de esa forma se garantizaba además de la igualdad de trato con respecto al en aquel momento vigente artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, y se evitaba que se dejaran de producir los efectos de la interrupción de la prescripción.

Esta tendencia de equiparar los efectos de la declaratoria de falta de competencia y falta de jurisdicción, adquirió respaldo legislativo con la expedición de la Ley 1395 de 2010, la cual en su artículo 5 reformó el artículo 85 permitiendo que cuando se rechace la demanda por falta de jurisdicción o competencia debe enviarse el proceso junto con sus anexos ante el juez que considere competente.

Esa reforma impregnó y a su vez modificó en virtud del principio de integridad del ordenamiento jurídico, todas las disposiciones que hacían referencia a la declaratoria de falta de jurisdicción, de suerte que cuando se advirtiera, ya en la admisión de la demanda (art 85,) se acreditaré la excepción previa (art. 99) o se declarará la nulidad por falta de jurisdicción (art. 140) no deba darse por terminado el proceso, ni mucho menos declarar nulo el auto admisorio de la demanda, sino, remitir el proceso ante el juez que se considere competente.

Esta interpretación acompasa con la idea que la jurisdicción es una sola, resultando inadecuado referirse a jurisdicción civil, penal o laboral, sino a competencia por áreas o ramas del derecho, o competencia jurisdiccional.

Así las cosas y al equipararse los efectos de la declaratoria de falta de jurisdicción con los de la falta de competencia, en el sentido de que el proceso debe remitirse ante el juez que se considere competente, se conlleva a que ambas decisiones resulten inapelables venero a lo dispuesto en el artículo 148, modificado por el Decreto 2282 de 1982, artículo 1 numeral 88, alusivo al trámite de los conflictos de competencia, y que establece: “*Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente, solicitará que el conflicto se decida por la autoridad judicial que corresponda, a la que enviará la actuación. **Estas decisiones son inapelables.***” (*Se resalta*).

La imposibilidad de apelar el auto que ordena remitir el proceso, radica entonces en que el legislador dispuso un trámite especial, el cual se encuentra consagrado en citado artículo 148, generando además que al aceptar la procedencia del recurso de apelación en contra del auto que rechaza la demanda por falta de jurisdicción, ya el que declara probada la excepción de falta de competencia jurisdiccional, ora el que declara la nulidad por falta de jurisdicción o competencia, implicaría además que “*...el juez de la alzada terminaría por dirimir un conflicto de competencia, siendo que no es el llamado por la ley para solucionarlo; o, como sucedió en el presente caso, anticipándose al surgimiento mismo de la colisión, sentar su posición jurídica al respecto*” contraviniendo además la figura del Juez Natural que ostenta una raigambre de *iusconstitucional* generando por contera una afrenta al derecho del debido

proceso al adjudicar la competencia a un funcionario que ni la Constitución ni la ley se las ha asignado.

Esta postura fue desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en auto 46188 del 9 de junio de 2010 MP Gustavo José Gnecco Mendoza, en el cual se dijo lo siguiente:

“2. Este despacho no desaprovecha la ocasión, para advertir que lo que, inexorablemente, sigue a la declaración de incompetencia de un juez es el envío del expediente al que estime competente.

A su turno, quien recibe el legajo puede declararse incompetente, y, como consecuencia de ello, recabar de la autoridad judicial, con vocación legítima, la solución del conflicto de competencia, a la que enviará la actuación.

Las decisiones de incompetencia de uno y otro juez no son susceptibles de apelación. Así lo enseña el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al rito laboral y de la seguridad social, merced al mandato contenido en el artículo 145 del estatuto de la materia.

Sin duda, el legislador descarta la apelación de esas determinaciones, porque, de lo contrario, el juez de la alzada terminaría por dirimir un conflicto de competencia, siendo que no es el llamado por la ley para solucionarlo; o, como ocurrió con el obrar de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que, anticipándose al surgimiento de la colisión de competencia, termine por tomar partido, sin título válido para ello.

En plena consonancia con esta filosofía, el artículo 99-8 del Código de Procedimiento Civil enseña que el auto, en cuya virtud el juez declara probada la excepción de falta de competencia y ordena la remisión del expediente al que considere competente, no es apelable.”

El precedente citado ha sido avalado por todas y cada una de las altas Cortes que al resolver sus asuntos tienen en cuenta el Código de Procedimiento Civil, encontrando dentro de tales: Sala de Casación Laboral en acción de tutela del 10 de abril de 2013 radicada 31.940¹⁶; Sala de Casación Civil en acción de tutela del 17 de enero de 2013 radicado 11001-22-03-000-2012-01383-02¹⁷ ; El Consejo de Estado en auto interlocutorio del 19 de octubre de 2006 radicación número 05001-23-31-000-2002-01634-01; y por último la Corte Constitucional en sentencia T-685 del 26 de Septiembre de 2013 y en sentencia de exequibilidad C-112 del 6 de marzo 1997¹⁸.

¹⁶ En esta decisión dispuso la Corte: “Resulta acertado que el juez que considera no ser competente para conocer de un determinado asunto, lo remita, por competencia, al conocimiento del que así lo considera, decisión que, en este preciso caso aparece debidamente fundamentada y, por lo mismo, debe entenderse como fruto del ejercicio racional y autónomo de la función judicial; por demás, debe esta Sala indicar que el auto por medio del cual el juez de conocimiento manifiesta no ser competente para conocer de un determinado asunto, no es susceptible de ningún recurso, por así disponerlo el artículo el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía, por así disponerlo el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

¹⁷ La sentencia referenciada, luego de citar los fundamentos de derecho que le sirven de fundamento para justificar que el auto que remite por competencia resulta inapelable razonó así: “Las anteriores disposiciones tienen su razón de ser porque de llegar a admitirse la procedencia de la apelación contra el auto que declara la falta de competencia, se estaría obligando al superior a dirimir un conflicto de competencia que debe ser planteado por el juez a quien se envía la actuación y se niega a conocer del proceso; y al tiempo se estaría invadiendo la órbita de acción del órgano a quien el artículo 18 de la Ley 270 de 1996 le asigna la facultad para desatar el conflicto, que para el caso en cuestión sería el respectivo Tribunal Superior en Sala Mixta”.

¹⁸ En relación con la excepción de falta de competencia considera la Corte, que la no consagración del recurso de apelación es razonable, bien sea que se resuelva negativamente la excepción o que se acceda a declararla probada, porque en el primer evento, al afirmar el juez su competencia, sin posibilidad de impugnación ante el superior, se garantiza de manera inmediata y efectiva el derecho de acceso a la justicia, y en la segunda situación, si el juez se ha declarado incompetente, lo que resulta racional no es permitir la impugnación de esta decisión a través del recurso de apelación, sino que por razones de celeridad del proceso se impone su envío al juez competente. Si éste a su vez se declara incompetente, se origina un conflicto de competencia que se resuelve por el procedimiento que regula el art. 148 del

Por manera que, cuando por proveído del 22 de agosto de 2014 (f. 164), el Juez Primero Civil del Circuito de Soledad, decidió rechazar de plano el libelo introductorio por falta de competencia jurisdiccional, esta determinación deviene en inimpugnable a través del recurso de alzada, debiéndose únicamente remitir el legajo al funcionario judicial que se estimó debía asumir el conocimiento,- para el caso Juez Administrativo del Circuito de Barranquilla-reparto-; no resultando acertada la concesión de del recurso de apelación que por fue concedido en la misma audiencia, ya que, se repite este tipo de providencias resultan inapelables.

Así las cosas y con independencia que se encuentre recurrida la decisión de no declarar probada la excepción previa de inepta demanda, se dispondrá remitir el proceso al juzgado de origen para que proceda de la forma como fue ordenado en el auto recurrido, esto es, remitiendo el proceso ante los Jueces Administrativos del Circuito de Barranquilla, precisando que el estudio de admisibilidad d deberá hacerlo el Juez al que se le remite el proceso, claro está, en el evento que acepte asumir su competencia y dentro de tal función resolver sobre la excepción de inepta demanda presentada. De otra parte y si éste último suscita el conflicto y se llegará a determinar que el Juez competente resulta ser el que primigeniamente conoció el proceso, deberá éste remitir el proceso ante esta Corporación a efectos de proceder a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que declara no probada la excepción previa de inepta demanda.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, numeral 7 del artículo 97 del código de procedimiento civil, Corte Constitucional: Sentencia C- 662 de 2004, Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, auto 46188 del 9 de junio de 2010 MP Gustavo José Gnecco Mendoza, Sala de Casación Laboral en acción de tutela del 10 de abril de 2013 radicada 31.940; Sala de Casación Civil en acción de tutela del 17 de enero de 2013 radicado 11001-22-03-000-2012-01383-02, Consejo de Estado en auto interlocutorio del 19 de octubre de 2006 radicación número 05001-23-31-000-2002-01634-01; y Corte Constitucional sentencia T-685 del 26 de Septiembre de 2013.

FECHA: Febrero 17 de 2015

DEMANDANTE: Marlene Hernández Galindo

DEMANDADO: Corpodesa – Institución Educativa Técnico Industrial El Milagroso – Municipio De Soledad

RADICACIÓN: 08758-31-12-001-2012-00155-01/**53.328-C**

DECISIÓN: Declara improcedente el recurso de apelación interpuesto.

FUERO CIRCUNSTANCIAL-Acción de reintegro/CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO-
Inexistencia/No puede plantearse válidamente un conflicto colectivo de trabajo mediante la presentación de un nuevo pliego de peticiones mientras no deje de regir la respectiva convención colectiva

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

C.P.C. Es decir, que para definir la situación que genera la prosperidad de la excepción de falta de competencia el legislador ha previsto un mecanismo especial, diferente al recurso de apelación que ha estimado idóneo y eficaz, como es el conflicto de competencia, cuando el juez a quien se remite el proceso igualmente se declara incompetente.

Causa Fáctica: En el presente caso, se analiza si el despido del actor tuvo ocurrencia durante la vigencia de un conflicto colectivo de trabajo, gozando el actor del amparo por el fuero circunstancial, y si esto es así, es merecedor de la indemnización que establece la Convención Colectiva de Trabajo.

Extractos: “La Sala procederá a determinar si el actor, al momento del despido, se encontraba amparado por el denominado fuero circunstancial, o si por el contrario éste nunca existió.

La norma que se invoca como fundamento de la pretensión, es el Decreto 2351 de 1965 que en artículo 25 establece: “... **PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS.** *Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto...*”

Por su parte el Decreto 1469 de 1978, en su artículo 36 reglamentó la anterior disposición al señalar: “*La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso. Incs. 2o. y 3o. Anulados. Consejo de Estado, sentencia, 12 de septiembre de 1980.*”

Las normas del presente capítulo no se aplican a los empleados públicos, sujetos a estatuto especial.”

Luego, existe conflicto colectivo cuando se pretende una regulación no existente sobre salarios o condiciones de trabajo para grupos que conforman una entidad como el sindicato, convirtiéndose en este evento la agremiación sindical en el participante legítimo para negociar colectivamente las condiciones generales de trabajo en beneficio de los trabajadores que agrupa.

Ahora bien, siendo consecuente con la normatividad que rige la materia, debemos también señalar que si con anterioridad las partes han celebrado una convención colectiva de trabajo que rige las condiciones laborales dentro de cierto lapso temporal previamente acordado o presuntivo, no puede plantearse válidamente un conflicto colectivo de trabajo mediante la presentación de un nuevo pliego de peticiones, mientras no deje de regir la respectiva convención colectiva, toda vez que de acuerdo con el C. S. del T, art.479, previamente debe producirse su denuncia dentro de los precisos términos legales, es decir, dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, pues la falta de denuncia tiene como consecuencia que se aplique la prórroga automática según expresamente lo prevé el art. 478 de la misma normatividad.

En el caso examinado y conforme lo informan las pruebas incorporadas al plenario, el demandante prestó sus servicios a la demandada, a partir del 20 de agosto de 2004, hasta el 20 de diciembre de 2010. (fol. 63, 64), desempeñando el cargo de Operario de Control, hasta el día 20 de diciembre de 2010 (folio 20), fecha en que se le comunicó por parte de la empresa demandada la supresión de dicho cargo con base a la reestructuración administrativa de dicha entidad.

Además se avizora que en la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa demandada y su sindicato de trabajadores, el día diez (10) de enero de 2007, que contiene la respectiva constancia de depósito y fue anexada con la demanda (fls.69 a 76) y con la contestación de la demanda (fol. 150 a 156), se estipuló, en su artículo 16 , que la vigencia de la presente convención colectiva, sería de dos (2) años que se contarían a partir del primero (1^a) de febrero de 2007. Es menester señalar, que según lo expresado por la demandada, en la entidad, existe una convención Colectiva de Trabajo, vigente, la cual se aplica a los miembros tanto del sindicato SINTRATERMIBA como a los miembros de SINTRATERCOL “*que también se encuentran afiliados simultáneamente a los dos sindicatos* “ (folio 105) y tanto el actor como la demandada, en la respuesta al hecho 4 de la demanda (fol. 100), afirman que al actor se le aplica la convención colectiva de trabajo, por ser miembro de SINTRATERCOL y SINTRATERMIBA.

Respecto a la continuidad de la vigencia de la convención colectiva una vez expira el plazo estipulado inicialmente, es pertinente indicar que el Art. 478 del C.S.T. establece sobre la prórroga automática de la C.C.de T. lo siguiente: “*...A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación...*”, lo que permite discurrir que mientras ésta estuviere vigente no podía válidamente pretenderse su modificación y por ende el sindicato no podía presentar ante el empleador el respectivo pliego de peticiones, dado que no denunció la C.C. de T. ni presentó el pliego de peticiones dentro del término legal, conforme a lo dispuesto en el art. 479 del CST.

Luego entonces, el pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores “SINTRATERCOL” el día 06 de diciembre de 2010, y cuyo texto le fue comunicado y entregado a la demandada (fl. 45), no constituye jurídicamente la iniciación de un conflicto colectivo entre La Terminal de Transportes y Sintratercol. Es pertinente señalar, que la demandada mediante oficio de fecha 13 de diciembre de 2010 le comunicó al sindicato que no era la oportunidad legal para presentar pliego de peticiones y denunciar la convención colectiva, toda vez que esto debió presentarse dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de la convención vigente (fl.59, 60).

Por lo tanto, al ser el demandante desvinculado de la empresa demandada el 20 de diciembre de 2010, estando vigente la convención colectiva de trabajo, y que además obedeció a un hecho ajeno a la negociación colectiva, como es la reestructuración de la entidad demandada, es dable concluir que el actor al momento de la supresión del cargo ,NO se encontraba amparado por el denominado “ Fuero Circunstancial”, consagrado en el art. 26 del Decreto 2351 de 1.965, lo que hace improcedente la declaratoria de ineficacia del despido efectuado por la Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla S.A. y consecuentemente, la improsperidad de la condena de reintegro y demás acreencias consecuenciales.

Acerca del reintegro convencional que consagra la estabilidad laboral en la empresa demandada, no puede desconocerse que la desvinculación del actor se fundó en la reestructuración de la entidad demandada, al realizarse un estudio técnico de la Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla, en pro de políticas de mejoramiento y

modernización y se concluyó que para su reestructuración era preciso suprimir ciertos cargos, decisión esta, que goza de la presunción de legalidad, que permitían la supresión del cargo que ocupaba el demandante y por consiguiente su desvinculación, y que además no fue motivo de discusión en la presente Litis.

En lo referente a la indemnización, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo, es menester señalar, que el artículo 6 de la C.C.T. vigente contempla una tabla de indemnización para aquellos trabajadores que sin justa causa plenamente comprobada sean despedidos, pero en el caso sub-examine, la terminación del contrato de trabajo obedeció a la reestructuración administrativa de la entidad empleadora, la cual está consagrada como una causal legal para la terminación del contrato de trabajo. Luego entonces, no hay lugar a tal indemnización. Cabe señalar, que mediante Resolución No. 096 de 2011 (folios 63 y 64) se ordenó la liquidación de las prestaciones sociales del actor y ella se indica que “... *Que de acuerdo a lo establecido en la convención colectiva de trabajo firmada entre Entidad y el Sindicato de Trabajadores de la Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla “SINTRATERMIBA”, la empresa pagará al trabajador la indemnización prevista en la ley para tal efecto...* “ y por este concepto se le reconoció la suma \$2.218.148 (fol. 64).”

FUENTE NORMATIVA: Decreto 2351 de 1965: artículo 25, Decreto 1469 de 1978: Artículo 36, Código Sustantivo del Trabajo: artículos 478 y 479, Artículo 6° Convención Colectiva de Trabajo.

DEMANDANTE: John Jairo Cantillo Padilla

DEMANDADO: Terminal Metropolitana de Transporte de Barranquilla.

FECHA: Marzo 10 de 2015

RADICACIÓN: 080013105 010 2012 00332 01/ **51885-A**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

3. SALA PENAL

HOMICIDIO AGRAVADO- En razón del género/Dentro de las relaciones de pareja/
FEMINICIDIO- Es condenado por instrumentos internacionales de protección de derechos humanos/
ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR- Como eximente de responsabilidad/Debe estar plenamente acreditado en el proceso

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JULIO ANTONIO OJITO PALMA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el homicidio que se comete en la persona de una mujer por su pareja sentimental, quien alegó en su defensa haber actuado bajo estado de ira e intenso dolor. Sin embargo, de las probanzas allegadas al plenario se pudo demostrar que existían actos inequívocos dirigidos a dar muerte a la occisa.

Extractos: “En el caso objeto de estudio, la autoría del homicidio de D.E.D.R. por parte de J.D.L.H.M. se encuentra plenamente acreditada, toda vez que, al momento de ser capturado, reconoció a los policiales que procedieron a realizar tal procedimiento, que él había sido el causante de la muerte de D.E.D.R. luego de haberla agredido en distintas oportunidades con dos cuchillos de los cuales hizo entrega, tal como reposa en el escrito de acusación que presentó la Fiscalía General de la Nación en contra del procesado (Fls. 13 al 21 C.O. Juzgado).

Así mismo, se llega al conocimiento, más allá de toda duda, de la autoría por parte de J.D.L.H.M del homicidio de su D.E.D.R., puesto que el defensor del procesado, al exponer su teoría del caso en el desarrollo del juicio oral (Sesión del 26 de Noviembre de 2012), al manifestar sus alegatos de conclusión (sesión de juicio oral 7 de Marzo de 2014) y al pronunciarse como sujeto procesal no recurrente en la oportunidad otorgada por el a-quo respecto de la apelación (Fls.315 a 321 C.O. Primera instancia), argumentó siempre que su prohijado realizó la conducta punible investigada enegecido por el dolor profundo de haber descubierto la infidelidad de su compañera permanente.

(...)

Así mismo, vale resaltar que, si bien el defensor del procesado solicitó la valoración de éste por parte de Psiquiatra de Medicina Legal para determinar si al momento de cometer la conducta de homicidio padecía algún trastorno, tal dictamen (Fls. 163 al 174), al ser introducido por la Dra. ASTRID ARRIETA MOLINARES, Psiquiatra de Medicina Legal, en la sesión del juicio oral del 9 de Julio de 2013, concluyó que en el episodio donde D.E.D.R. perdió la vida, J.J.D.L.H.M actuó sin alteraciones comportamentales cognitivas y volitivas.

Ahora bien, según lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación en su escrito de acusación, la causal de agravación que le impuso al delito de Homicidio acusado a J.J.D.L.H.M corresponde a la contemplada en el numeral 1° del artículo 104 del C.P., es decir, por haber sido D.E.D.R. su compañera permanente.

(...)

Tal como se ha visto en el alegato del recurrente, se discute acerca de si se había alcanzado a probar en el juicio todos y cada uno de los elementos estructurales de la atenuante de la ira, uno de los cuales es el del comportamiento ajeno, grave e injustificado, y en este caso concreto el de la presunta infidelidad de D.E.D.R.

Pues bien, según el texto de la sentencia del fallador de instancia esa circunstancia habría quedado demostrada a partir de las explicaciones de la siquiatria forense ASTRID ARRIETA MOLINARES, quien se remite a su vez a las manifestaciones que le hiciera a ella el procesado J.J.D.L.H.M., así como también con la declaración jurada rendida en el juicio oral por el padre de éste, J.D.C.D.L.H.R, según el cual su hijo se habría sentido “humillado, pisoteado y perrateado” ante la conducta de la víctima. (Ver fls. 259 y 263 del cuaderno original).

El resto de la argumentación relacionada con la existencia o no de la atenuante está dirigida a descartar que la motivación del caso hubiera sido un problema de género y por ello se afirma, concordantemente con la tesis de la ira, que la génesis de la acción había sido una “...baja pasión, como son los celos intensos...”. (Ver fls. 257 del cuaderno original).

De dicho examen fluye que para tener acreditada la circunstancia de la infidelidad el a-quo se apoya, casi que exclusivamente, en lo que habría contado el propio interesado, procesado, a la perito y a su padre. NO MÁS.

No hay evidencia distinta, no hay documento comprometedor, ni hay testigos que no sean sospechosos, acerca de la manifestación que dizque hiciera la víctima a su propio victimario. NO HAY NADA.

Por el contrario, el representante de la víctima arguye, con buen juicio, que habría que valorar y tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de esa presunta manifestación del procesado, toda vez que su comportamiento en el momento del hecho, - ¡utilizó diversas armas, propinó numerosas heridas con distintas armas y esperó hasta el amanecer sin emitir un solo alarido de emoción ni de dolor! - no encajaba dentro de la hipótesis de esa situación que se alegaba en favor de él.

En ese orden de ideas encuentra la Sala que, efectivamente, la investigación demostró que la muerte tuvo ocurrencia a eso de la una y treinta horas, aproximadamente, de la madrugada del día 4 de septiembre de 2011, y el padre de J. solo se percata del caso a eso de la nueve de la mañana (9:00 a.m.). (Ver fls. 273 del cuaderno del juicio).

(...)

Siguiendo con el aserto se recuerda que otro eximio cultor de la criminalística y el derecho de las pruebas, como es FRAMARINO DEI MALATESTA, explica que dentro de la valoración de un testimonio debe incluirse el aspecto subjetivo, conformado entre otros elementos por el examen de los vínculos afectivos que puedan ligar al testigo con una de las Partes del caso correspondiente.

Aquí, es evidente que quienes declaran sobre la infidelidad son los familiares del acusado, padre y hermano, por lo que la Sala infiere que resulta entendible que aspiren a mejorar su situación frente al caso suministrando informaciones que en cierto modo lo favorezcan desde el punto de vista penológico.

Más aún, siguiendo con el criterio de valoración previsto por el legislador en el artículo 380 del C.P.P. vigente, los medios de prueba se deben apreciar en conjunto, lo que efectivamente permite al Juez examinar el decurso procesal y sus incidencias, resultando relevante que en la audiencia de imputación de cargos, si bien al preguntársele al indiciado J.J.D.L.H.M. como se declaraba, y éste manifestó que había actuado dentro de una situación de dolor puesto que amaba a su esposa, lo cierto es que dentro de los medios de conocimiento con base en los cuales puede el Juez apoyarse para dictar una sentencia no se encuentran las manifestaciones o respuestas del indiciado en aquella audiencia, aun cuando, en gracia de discusión y, como máximo, pudiera elaborarse a partir de ese dato una leve prueba indiciaria. (Récord 58:45 Registro de audiencia de formulación de imputación celebrada el 5 de Septiembre de 2011)

Igualmente, si, como se sabe, al momento del hecho solo se hallaba presente la víctima y el victimario, y existe, según el artículo 394 de la ley 906 de dos mil cuatro el derecho del acusado a comparecer al juicio oral como testigo, sin embargo, si se repasan las solicitudes probatorias de Fiscalía y Defensa se comprueba que dejaron pasar esa oportunidad, única y feliz, para hacerlo concurrir al juicio oral, de tal manera que hubiera podido edificarse un testimonio directo sobre el punto de la presunta infidelidad o el estado de ira supuestamente consecuencial a ella. (Ver solicitudes de pruebas testimoniales de la Fiscalía y la Defensa en el Record 18:15 al 01:34:00 del registro de la audiencia preparatoria desarrollada el 16 de Noviembre de 2012).

(...)

Volviendo igualmente al tema de la valoración conjunta de los medios de prueba, realmente exótico resultaría aceptar la tesis de la Defensa si se recuerda que para ultimar a la occisa fue necesario utilizar dos cuchillos, una piedra y una soga, hecho que no concuerda con la

experiencia humana según la cual, en el momento del *rictus* de dolor o de la explosión emocional el ofendido utiliza lo que encuentra de primera mano, pero no acomoda friamente los medios que necesita para conseguir esos mismos fines pero orientados por otras finalidades o motivos.

(...)

Frente a ello vale resaltar que, según se ha dado a conocer en el proceso, la ira se suscitó a continuación de una jornada erótico-sexual, lo que da a entender que la pareja se hallaba en el tálamo de su convivencia y no a campo traviesa ni en una manifestación pública.

¡Habría que acomodar bien los hechos para explicar que el procesado acostumbraba a dormir con su compañera rodeado de puñales o piedras, los cuales encontró en la cama de ellos o a pocos metros con solo extender la mano y en el preciso momento en que supuestamente le agredieron en su hombría!

(...)

En síntesis, la Sala no comparte el criterio según el cual se habría demostrado la infidelidad de la obitada; pero, en un segundo momento, tampoco basta la demostración de una infidelidad para que se haga procedente la aplicación de la diminuyente de la ira ya que se debe demostrar también la relación de causalidad entre infidelidad e ira o intenso dolor.

El anterior análisis sería suficiente para revocar el reconocimiento de la diminuyente que se hizo en el fallo apelado, pero existe además otro argumento, de carácter normativo, que va en el mismo sentido, como se verá seguidamente.

3.2.2.2. De la atenuante de la ira y el intenso dolor frente a la vigencia de la “Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)” y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer o Convención de BELÉN DO PARÁ:

1. Con el ánimo de examinar en la mejor forma el asunto bajo estudio la Sala se pregunta en segundo lugar, y solo en gracia de discusión si, en el evento que efectivamente se hubiera presentado por parte de D.E.D.R. una situación que pudiera englobarse dentro del concepto de un abandono o violación de su deber de fidelidad para con su compañero permanente, J.J.D.L.H.M., el padre de sus dos hijos, ¿habría que reconocer automáticamente en favor de éste la consecuencia de la diminuyente de pena en vista de ese comportamiento grave e injustificado?

O, dicho de otra manera, ¿será cierto que lo que quiso el legislador al promulgar el artículo 57 del C.P. de dos mil es que a los hombres que mataran a sus esposas o compañeras permanentes, o viceversa, a raíz del estado de ánimo que les genera esa situación, se les disminuyera EN TODOS LOS CASOS la sanción en virtud de que dicha acción era una ofensa ajena, grave e injustificada?

Finalmente: ¿Será posible intentar, en virtud de la entrada en vigencia de otras normas internacionales y constitucionales posteriores, una interpretación del artículo 57 del C.P. de dos mil, que consulte en mejor forma esos propósitos del constituyente y del legislador involucrados con él, pero también con los derechos de todos los seres humanos al interior de las relaciones intrafamiliares?

Tales inquietudes e interrogantes adquieren relevancia a partir de la evidencia empírica que demuestra la existencia, desde un tiempo hacia acá, de un movimiento universal que clama

por la implementación de toda una gama de mecanismos y políticas públicas que garanticen la protección de los derechos de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, especialmente en el ámbito de las relaciones de pareja o intrafamiliares.

Esa es la razón de ser de la publicitación de consignas como “Ni una más”, “Basta ya”, “Ni con el pétalo de una rosa”, etc., que copan el espacio de los noticieros de radio y la televisión a diario, y las cuales reflejan la preocupación de autoridades e instituciones del orden internacional, nacional, departamental y distrital en vista de las innumerables muertes de mujeres por parte de sus esposos o compañeros, sean permanentes o no, que proliferan también en nuestro entorno y que la Rama Judicial debe atender diariamente, pero cuyo tratamiento con base en las interpretaciones que datan de hace muchos años genera permanentes controversias, quejas y vituperios de las Partes y de los medios de comunicación masiva, y más aún en virtud de que el grueso de la población colombiana desconoce los principios del sistema procesal que empezó a regir aquí en el año dos mil ocho, y el alcance de los roles que deben cumplir ahora los Fiscales o los Jueces.

(...)

2. A partir, entonces, de dichas premisas jurisprudenciales y doctrinarias pertinentes, observa la Sala que lo que ocurrió en esta oportunidad fue que el a-quo siguió la interpretación tradicional que se ha hecho acerca del artículo 57 del C.P. de 2000, en el ámbito de conflictos suscitados al interior de relaciones fruto de la unión marital de hecho o de derecho.

Según ella, en caso de que el esposo o compañero permanente tenga conocimiento directo, o indirecto, que su pareja le es infiel, y por ello surja en él un estado de ira o de dolor de cierta magnitud, que genera a su vez lesiones, tentativa de homicidio consumado, debería aplicarse, casi que automática y mecánicamente, la disminución de la responsabilidad y de la pena prevista en dicha norma. Así se ha venido haciendo a través de la historia de las decisiones de la Judicatura Colombiana a partir de la vigencia del Código Penal de 2000, que empezó a regir en julio 24 de 2001 hacia adelante, e incluso previamente, bajo la vigencia del C.P. de los años ochenta, con base en supuestos de carácter fisiológicos o psicológico, que permitirían afirmar que esa atenuante consulta y respeta la naturaleza del ser humano masculino cuando actúa dentro de tales entornos y circunstancias.

No es por tanto un error garrafal de la primera instancia sino la exposición de un criterio inmerso ya en la judicatura desde hace mucho tiempo, y que solo ahora, en vista de la proliferación de episodios que han conmovido a la opinión es que se consideran susceptibles de alguna modificación.

Es por ello que considera la Sala que hay dos circunstancias sobrevinientes de relevante importancia que dan lugar una consideración distinta, a saber:

a). la evidencia contemporánea de que el ser humano no solo proviene y se nutre de la naturaleza, de donde surgen sus instintos, sino que aspira permanentemente a conformar una sociedad, que se rige por normas, principios y valores.

b). y, la evidencia de que, a raíz de esto último, con posterioridad a la promulgación de esa regla del artículo 57 del C.P. de 2000 se han emitido normas del orden internacional, constitucional y legal, que deberían generar una interpretación alternativa respecto de tal disposición legal, más aún cuando la realidad social que se le muestra con absoluta evidencia al Juzgador penal no es

otra que la de que, día a día, la mujer es víctima de la violencia generalizada, pero especialmente de la que le propina o aplica su esposo o compañero, so pretexto de una pretendida “defensa de su honor” o de su “hombria”, maquilladas por la real o supuesta infidelidad de la víctima.

Y es que, fue por ello precisamente que se emitió la ley 1257 y surgió también la problemática de su aplicabilidad, puesto que como se ha mencionado en el proceso, este asunto está inmerso en la vigencia de los conceptos de género, que subyacen en toda utilización o aplicación de normas jurídicas en nuestro país.

Con el artículo 26 esa ley se modificó el artículo 104 del C.P. incluyéndose allí una causal 11 de agravación del delito de homicidio, pensando con buen juicio el legislador que al anunciar que se sancionaría con más pena a quien mate a una mujer, por el hecho de ser mujer, se reducirían los índices de dichas conductas, lo cual no ha sido así por cuanto es un hecho notorio que hasta este momento en nuestro país no se ha emitido una condena en ese sentido y con base en esas consideraciones y la aplicación de la agravante 11 del artículo 104 del C.P. de dos mil.

Esa falta de eficacia en relación con dicha ley radica en la interpretación equivocada que se ha hecho, especialmente por parte de los Fiscales llamados a imputar el incremento punitivo precitado, de lo que debería entenderse cuando el legislador dijo que el homicidio se sancionaba en forma agravada cuando se comete:” Contra una mujer por el hecho de ser mujer”. Resaltamos esa situación puesto que, como es conocido ya en todo el ámbito nacional, en un proceso penal regido por el sistema oral acusatorio, lo que el Fiscal no imputa, no puede ser tenido en cuenta por el juzgador para sancionar, ni para agravar la pena, aun cuando resulte socialmente reprochable o probatoriamente posible de demostrar en el proceso.

Ahora bien, la dificultad ha radicado en que se ha considerado que en virtud de dicho texto legal, debe probarse una especie de elemento subjetivo fantasmal o misterioso incrustado en esa causal de agravación, ubicado en la parte más interna de la mente del agente, y que, por tanto, aparentemente resultará casi imposible de demostrar con las herramientas probatorias con que se cuenta actualmente dentro de un proceso penal.

Por el contrario, pensamos que si el texto de la agravante once del homicidio se interpreta a tono con las exigencias de la normatividad internacional, entonces aparece razonable concluir que cuando el agente actúa de esa manera, sobre todo cuando se trata de un hombre, esposo o compañero permanente o accidental, lo que se actualiza en su mente no son aspectos de corte biológico o psicológicos especiales, como sería el sexo de la persona en contra de la cual actúa, sino estereotipos socioculturales que determinan su creencia de que ésta debería comportarse en cierta forma, habida cuenta de la configuración de los roles que el grupo social ha fijado paulatinamente en cada persona y a través del tiempo.

Claro está, entonces, que el autor del hecho sabe que, desde el punto de vista fisiológico, está atentando en contra de un ser de sexo femenino, porque a través de sus sentidos lo puede conocer sin dificultad alguna, pero ese no es el fundamento de la agravante en el pensamiento del legislador, quien emitió esa causal de agravación, precisamente, ante la presión ejercida a nivel mundial por los grupos del activismo femenino, y la evidencia empírica del aumento de atentados de esa naturaleza en contra de las mujeres de todo el orbe, como resultado de una concepción machista errada en cuanto a los derechos de cada uno de los miembros de una pareja jurídicamente formalizada o no.

Quizás, para ceñirse a un uso más claro del lenguaje el legislador ha debido distinguir entre la primera palabra mujer utilizada y la segunda, así: Si se cometiere contra una mujer por el hecho

de ser “mujer”. O explicar que se la mata, precisamente, por no comportarse como una mujer, con ciertos compromisos para con la persona con la cual convive.

Es decir: El homicidio se agrava si se cometiere contra ese ser, biológicamente femenino, pero por el hecho de no comportarse acorde con el rol que el grupo social machista le ha asignado en forma estereotipada a través del tiempo. (Hacendosa, labores de casa, recatada, recluida en el hogar, etc.).

Lo que se infiere de las razones que le dieron vida a esa agravante es que debe demostrarse por la Fiscalía que las relaciones entre agresor y víctima se han degradado o entrado en grave conflicto, hasta el punto de que al primero no le queda, a su juicio por demás errado, sino violentar a la segunda hasta la muerte, para que se comporte “...conforme al orden masculino dominante...”.

Si se acogiere esa interpretación razonable de la agravante no habría problema alguno en plantear que en los ejemplos traídos a colación a diario, era esa circunstancia la que se hallaba en el fondo de los motivos que impulsaron a atentar contra las personas que resultaron víctimas de los delitos de homicidio, incluido éste que se juzga y en cuyo proceso la Fiscalía no cumplió con el deber constitucional y legal de imputar esa circunstancia y acusar por dicha agravante, siendo ella la titular de la acción penal.

Sin embargo de lo anterior, consideramos necesario que, además de una agravante, el legislador, que debe cumplir con los compromisos de derecho internacional vigentes, dado el cúmulo de Tratados firmados por nuestro país en donde se acepta la necesidad de modificar la legislación interna, las políticas públicas, y hasta las prácticas judiciales frente al gravísimo problema de los paulatinos, sistemáticos y permanentes atentados contra las mujeres, haría mejor en promulgar el tipo penal del feminicidio, para empezar a llamar las cosas por su verdadero nombre, dado el poder de connotación que conservan los fallos judiciales, tal y como lo resaltan las manifestaciones de las organizaciones feministas¹⁹.

Y ello por cuanto se piensa que de nada serviría promulgar agravantes de la conducta vertida en un tipo, por un lado, si por otro se mantienen disminuciones punitivas para las conductas que se quieren combatir con las agravaciones.

Así, llegamos al problema de la aplicación tradicional del texto del artículo 57 del C.P. de dos mil, a pesar de que todo el mundo acepta sin discusión alguna que actualmente rigen en nuestro país, como si fueran normas constitucionales, la CEDAW y la Convención de BELÉN DO PARÁ, y que ellas imponen al Estado colombiano, es decir a sus tres Ramas del Poder Público, el deber de diligencia para evitar que se siga presentando esa tragedia diaria de la muerte de una mujer por el hecho de ser mujer, que es lo que verdaderamente subyace en los casos de “..ira o intenso dolor...”.

(...)

Por tanto, teniendo en cuenta en el caso concreto que esas disposiciones de carácter internacional están vigentes en el ámbito nacional, puesto que se trata de Tratados y Convenios internacionales ratificados por el Congreso y reconocen derechos humanos, como establece el artículo 93 de la CONSTITUCIÓN, pero, además, lo afirma la propia jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, si la judicatura

¹⁹ AGATÓN, Pag.138.

reconoce la atenuante de la ira o intenso dolor descrita en el artículo 57 del C.P. de dos mil al procesado, por el solo hecho de la presunta o real infidelidad de su compañera D.E.D.R., implicaría una violación frontal de esas disposiciones que,..... prevalecen en el orden interno...”.

Y ello por cuanto que si equivalen a normas constitucionales entonces deben producir también el efecto de que en caso de incompatibilidad con la ley, en este caso el artículo 57 del C.P. de dos mil en tanto que se trata de un conflicto de pareja, se debe aplicar el conjunto de disposiciones que reconocen la dignidad, la igualdad y la libertad, tanto del hombre como de la mujer, en vez de esa interpretación consuetudinaria del artículo 57 del C.P. de dos mil, que solamente cuenta con rango legal.

Aclarado lo anterior no hay dificultad alguna para afirmar que si se sigue interpretando y aplicando así el texto del artículo 57 del C.P. de dos mil vigente, cuando de conflictos entre parejas se trate, se estaría contribuyendo a que se crea que existe un derecho del hombre colombiano para aplicar una sanción mortal a su cónyuge o compañera, por el solo hecho de ejecutar, a su vez, un acto de infidelidad, siendo que para resolver el conflicto que surge o pueda surgir de allí, existen competencias y procedimientos vigentes y a cuyas autoridades se puede acudir para obtener reparaciones o remedios.

Además de ello, no existe ninguna proporcionalidad entre el acto de ocasionar la muerte, y la posible ofensa a un interés que, si bien es cierto estaría a tono con los prejuicios dominantes, en ningún modo resulta hoy razonable ni de universal aceptación por lo obsoleto y desigual.

(...)

Sin embargo de ello, como viene dicho, a J.J.D.L.H.M se le imputó la conducta punible de homicidio agravado en razón de haberle causado la muerte a su compañera permanente D.E.D.R., y la Sala, acorde con la motivación anterior considera que no es posible jurídicamente reconocer en su favor la atenuante del artículo 57 del C.P. de dos mil, por cuanto que según las normas internacionales vigentes traídas a colación, a la mujer, en ningún caso y por ningún motivo se le puede hacer objeto de violencia física, psicológica o sexual ni en el ámbito público ni en el privado, y por cuanto que para resolver los conflictos de pareja por infidelidades existen los medios judiciales a los cuales acudir en busca de solución por parte de quien se considere agraviado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 394 de la ley 906 de 2004, artículo 57 del Código Penal, artículo 93 Constitución Política, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)” y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer o Convención de BELÉN DO PARÁ, Ley 1257 de 2008, Artículo 104 numeral 11 Código Penal.

FECHA: Marzo 25 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2011-05119-00/ **2014-000193-P-OP**

DECISIÓN: Confirma la sentencia apelada. Modifica la pena impuesta. Revoca atenuante punitivo.

TESTIGO ÚNICO-Valoración Probatoria/RETRACTACIÓN-Requisitos/PRUEBA PARA CONDENAR-Debe ser aquella que conduzca a la certeza más allá de toda duda razonable

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la absolución que se hace de quienes fueran procesados por el delito de homicidio, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso y la disparidad de versiones rendidas por el único testigo presencial de los hechos, como quiera que no logró desvirtuarse la teoría del caso de la Fiscalía.

Extractos: “Sea lo primero precisar, que esta Corporación vislumbra que no existen los suficientes elementos de prueba para deducir que los procesados sean los sujetos que el 24 de enero de 2011 ultimaron la vida de W.C.CH. e hirieron a J.C.Z. Para sustentar la tesis absolutoria se debe tener en cuenta que:

5.4.1. En el caso *sub examine* se encuentra un solo testigo presencial, esto es el señor J. C. Z., que como se señaló arriba fue herido la noche de los hechos, así pues en la mañana del día 24 de enero de 2011 el deponente en entrevista ante policía judicial señaló que:

“...Yo como de costumbre me levanté a sacar mi bicitaxi como a eso de las 3 y 40 de la mañana me dirigí donde la dueña del triciclo que se llama CH.G., saqué mi triciclo más adelante me encontré con mi cuñado W.C. y él me dijo “vamos a buscar una botella de ron” él estaba borracho, nos fuimos a buscar al estanco de a 84 pero está cerrado entonces nos devolvimos para la casa del dueño del estanco que se llama A., la casa queda por la carrera 12 con calle 6 esquina, cuando ya estábamos llegando como a 30 metros salieron tres pelaos uno de ellos encapuchado, que era el que tenía el arma, y le disparó a mi cuñado, pero antes dijo “así era que te quería ver” yo volteo a ver a mi cuñado y veo que se desploma, y entonces uno de los pelaos dijo “dale a este para que no diga nada” y también me disparó yo caí en los cachos de la bicicleta, entonces el que disparó y los otros pelaos salieron corriendo. El pelao que nos disparó tenía un chaleco negro como impermeable y mocho de jean azul oscuro, un pasamontaña de color negro con rayas blancas y los otros dos tenían suéter negro y mocho de jean”.²⁰

Seguidamente cuando se le pregunta sobre las características físicas de los sujetos que atentaron contra su vida manifiesta lo siguiente el testigo:

“Era gordito, de estatura baja, el pasamontaña se veía cara redonda”

Por último se le pregunta si tenía conocimiento de problemas que él o el señor W.C. hubieran tenido momentos antes o días anteriores, a lo que el testigo respondió:

“...Yo no tengo problemas con nadie yo me dedico solo a mi trabajo que es de bicitaxi, pero mi cuñado venía diciendo que iba a levantar a trompadas a un man que le había perjudicado una hija, y que se la había abandonado”.²¹

Sin embargo, transcurridos casi dos meses, en entrevista ante la Fiscalía el mencionado testigo relató lo siguiente:

“...Yo ese día me levante como a las 3:20 horas de la madrugada saqué mi bicicoche del lado de mi casa que es donde lo parqueo y salí a trabajar llegando a la esquina de la calle 3 con carrera 12 por la calle del arroyo me encontré a mi cuñado, y me dijo “*cuña acompáñame a comprar una botella de*

²⁰ Folio 7 a 9 C.O Estipulaciones

²¹ Folio 7 a 9 C.O. de Estipulaciones.

ron allí al estanco de la 84", de ahí yo salí con él para el estanco que queda en la calle 7 con carrera 9 mejor conocido como el estanco de la 84, cuando llegamos los encontramos cerrado y mi cuñado me dijo que regresáramos para la casa del dueño del estanco que queda en la carrera 6 con calle 12, y al llegar a la calle 6 con carrera 12 a mitad de cuadra más o menos a unos 40 metros de donde vive el dueño del estanco, se encontraban tres personas, uno de ellos tenía un pasamontañas otro tenía una chaqueta que tenía una capucha que le cubría la cabeza el otro tenía su cara destapada y tenía un buzo negro y un mocho jean. El tipo del pasamontañas le dice a mi cuñado "así era que te quería encontrar" y de inmediato le dispara a la cabeza dándole una sola vez en la cara, yo acelero mi bici coche y uno de los acompañantes de el que se encontraba sin capucha ni pasa montaña que se llama C.A.M.G. le dice a A.M.C.M. que me disparara diciendo "dale también a ese hijueputa para que no diga nada" disparándome una sola vez y yo me hice el muerto cayendo encima de los cachos de mi bici coche y escuche cuando dijeron "vámonos que ya están listos". Cuando ellos se alejaron unos 30 a 40 metros con rumbo a la calle 5 yo me baje del bici coche y salí corriendo para el puesto de salud quedando mi cuñado tirado en el bici coche, de ahí no supe nada más de él."

Seguidamente se le pregunta si las tres personas que acaba de relacionar son conocidas en el sector y si los pudo reconocer en el momento que sucedieron los hechos, a lo cual el testigo replica:

"Si, yo vi a dos de ellos al que estaba sin capucha y sin nada que se llama C.A.M.G., ya que ese muchacho vive por el barrio la primavera de acá de Sabanagrande porque su papá y su mamá son bastantes conocidos acá en el pueblo, y él es de contextura ancha, de piel trigueña cabello negro y corto es de estatura media como unos 1.70 mt de alto, la cara de él es como cachetón y me acuerdo bien de él, pues él decía al que tenía el revolver que me disparara y me matara para que yo no dijera nada, el otro que tenía el revólver y el que me disparo era A.M.C.M. conocido como el chibi, él es de estatura baja, la piel es morena, el cabello es negro y corto, es orejón, el man es flaco, el cual tenía un pasamontañas cuando él le dispara a mi cuñado se lo quita, y yo le veo inmediatamente su cara y es cuando yo me alejo en mi bici coche y el me dispara ocasionándome una herida por la parte de atrás del cuello y alojándose en el maxilar derecho, el otro no lo reconocí ya que él no habló ni tampoco se quitó la capucha que tenía..."

Ahora bien, en el juicio oral el señor J.C.Z. dentro de interrogatorio manifestó lo siguiente:

"...Yo salgo a trabajar la bicicleta a las 3:45 de la mañana aproximadamente, lo encontré parado en la esquina del arroyo de la calle 3, barrio Gaitán, y me dijo que para tomar una botella de ron, y yo le dije que no podía tomar porque iba a trabajar. Me dijo que lo llevara hacia donde el dueño del estanco de la 84 que queda en la calle 6 con carrera 11, y no nos abrieron la puerta y salimos pal estanco de la 84 y de ahí nos devolvimos pa atrás, y llegó el señor A.M. y le dijo estas palabras "Así es que te quería encontrar" disparándole en la cabeza y el señor C. cogió y dijo "dale porque nos vio pa que no diga nada" fue cuando me disparó y recibí un tiro en el cuello de la nunca...salieron corriendo, ya cuando llevaban aproximadamente unos 30 metros dio el chibi que corrieran que ya estábamos listos, yo me tiré de la bicicleta, tirándomela del muerto, y salí al centro de salud a buscar auxilio...Si él tiene la camisa morada, tenía capucha, se alzó la capucha pa dispararle al cuñado, fue cuando yo lo identifique...y es cuando yo me alejo en mi bici coche y el me dispara ocasionándome una herida por la parte de atrás del cuello y alojándose en el maxilar derecho, el otro no lo reconocí ya que él no habló ni tampoco se quitó la capucha que tenía..."

(...)

Bajo este contexto la Colegiatura observa que el testigo J.C. no fue coherente y no coincidente en su relato, es decir, incurrió en contradicciones, a su vez, dicho testigo le fue practicado

contrainterrogatorio por parte de la defensa y en esas circunstancias, además de ser un testigo presencial, su declaración fue objeto de confrontación y contradicción.

Al respecto, vale resaltar que el elemento esencial de la confrontación lo constituye el que la declaración esté sujeta al contrainterrogatorio por la parte perjudicada²².

Sin embargo, para el Juez de Primera Instancia y para esta Sala este testimonio pierde credibilidad con las declaraciones del hecho ocurrido.

Así pues, por parte del señor J.C. en informe FPJ14 adujo circunstancias distintas a las que dio en su declaración en el juicio oral, manifestando que “el pelao que nos disparó tenía un chaleco negro como impermeable y mocho de jean azul oscuro, un pasamontañas de color negro con rayas blancas y los otros dos tenían suéter negro y mocho jean, era gordito de estatura baja en el pasamontañas se veía la cara redonda”.

Sin embargo, en el juicio oral declaró que el acusado A.C. fue quien disparó para ultimar la vida de su cuñado W.C. y el señor C.M. manifiesta que le dispare a él es decir al señor J. C., para que no diga nada.

Como se puede observar el testigo J.C., en el juicio oral adujo declaraciones contrarias a las dadas a los policías encargados de la investigación, es decir, primeramente no sabía la identificación de los agresores, luego de un tiempo acusa a los procesados presente, razón por la cual el defensor del acusado C.M. en la audiencia les leyó la entrevista para refrescar su memoria e impugnar su credibilidad respecto de lo que estaba declarando.

Con base en lo anterior, la contradicción del testigo C. Z. alcanza a generar dudas sobre la ocurrencia del hecho delictivo imputado a los procesados, y además porque este declarante es testigo presencial de los hechos, así las cosas, no es creíble la última declaración del testigo J.C., por el contrario da origen a dudas en el relato de los hechos ocurridos.

En este contexto, factico, jurídico y probatorio la Colegiatura advierte que: (i) la Fiscalía cuenta con un solo testigo presencial, esto es el señor C.Z., habida cuenta que fue herido también, sin embargo, este deponente es contradictorio, en virtud que en la primera entrevista que rindió horas después de los hechos, pese a que señaló la vestimenta de sus atacantes, fue enfático al sostener que se encontraban “encapuchados”, de modo que el primer día no reconoció a sus agresores; (ii) la Sala no se explica cómo en instantes posteriores a la comisión del delito, el declarante no señala a los procesados, mientras que meses después en entrevista y en la diligencia de juicio oral, los sindicó con nombre propio, y reitera que habitan en su mismo municipio (Sabanagrande- Atlántico) y que los conoce desde su niñez; (iii) no es coherente la posterior versión del testigo, por cuanto señala que los procesados llevaban caretas y al disparar se la quitaron y fue donde pudo ver sus rostros, habida cuenta que en la primera entrevista omitió tal circunstancias.

Así las cosas, no se puede desconocer que con un solo testigo presencial se puede derrumbar la presunción de inocencia, no obstante al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado lo siguiente:

²² Tratado de derecho probatorio, tomo II, Publicaciones JTS, primera edición, 2005, página 566.

“...Débese advertir, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del Juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos...”²³ (Subraya de la Sala).

Asimismo es menester indicar que en el presente evento no se ha presentado una retractación, toda vez que el testigo anotado, en la primera versión no señaló a los procesados como los penalmente responsables, es más señaló que el occiso había tenido problemas con otro sujeto llamado “*Josimar*” y meses después adujo que habían sido los endilgados quienes ultimaron a su cuñado y lo hirieron, de modo que no existe certeza en su relato, aunado a que existe otra hipótesis delictiva que la Fiscalía esquivó de investigar.

De igual manera, la Sala encuentra que el deponente en mención no brindó argumentos acerca de porqué en su nueva versión los procesados el día de los hechos “*estaban encapuchados y se quitaron la capucha para disparar*”, máxime si en el conainterrogatorio en relación a ese aspecto contestó a la bancada de la defensa ¿Qué quiere que le conteste?, es decir, esquivando dar una explicación al cambio de su dicho.

Así pues si bien dicho testigo señaló aspectos en el juicio oral diferentes a los que adujo en la primera entrevista, ello no conduce *per se* a la condena de los encartados, como lo propone el recurrente, pues al hacer la valoración de las pruebas en su conjunto, no se infiere con certeza la responsabilidad penal de los encausados.

Lo anterior, porque de conformidad con los artículos 16 y 347 de la Ley 906 de 2004 y el precedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de ninguna manera es posible que las declaraciones rendidas antes del juicio sean valoradas como pruebas autónomas e independientes, sino que en vista que el testigo modificó su recuento, resulta viable constatar sus versiones en un apreciación conjunta con los restantes medios de prueba que fueron acopiados en forma legal, regular y oportuna.

Lo anterior en virtud que en relación con las entrevistas, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si a través del mecanismo de impugnación de credibilidad, estas son puestas de presente a quien las rindió en su momento, el Juez las puede valorar en forma conjunta²⁴.

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal, Casación del 9 de septiembre de 1976 y artículos 16 y 347 de la Ley 906 de 2004.

FECHA: Febrero 23 de 2015

RADICACIÓN: 2015-0015-P-MC

DECISIÓN: Confirma la sentencia objeto de recurso.

ESTAFAS AGRAVADAS-Se encuentra acreditada con los actos idóneos tendientes a menoscabar el erario público/ **ACTOS DEFRAUDATORIOS**- Se concretaban en la asesoría y reclamo de indemnización en FISALUD de personas que estaban en los parámetros exigidos por esa entidad para cancelar las correspondientes sumas de dinero

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación del 9 de septiembre de 1976.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 9 de noviembre de 2006, rad. 25738.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELICIER CABRERA JIMENEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte la comisión de la conducta de estafa al momento de reclamar auxilios económicos por la ocurrencia de accidentes automovilísticos, concretándose la conducta criminal en el actuar encaminado a falsear los documentos legales que se exigían para acceder a dicha prestación por parte de las cuentas de Fisalud.

Extractos: “Dado que afirma el recurrente que A.C.B.E., no planeó la comisión de la conducta criminal de Estafa junto a C.C.B. y N.D.C.M.G., para la Sala, olvida que como se señaló en acápites anteriores, existe la libertad probatoria, misma que al utilizarse en la ponderación, hace que el comportamiento examinado de la acusada B.E., nos permite inferir su comportamiento desaguisado y por supuesto obtener certeza de que ésta con su actuar bajo el ropaje de asesora de personas reclamantes de auxilios del estado, en razón a la muerte violenta de un familiar traspaso los linderos de la legalidad e incursionó consciente y voluntariamente en actividades ilícitas, veamos:

Dice el artículo 233 de la Ley 600 de 2000, que son medios de pruebas la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio, todos estos se encuentran legalmente acopiados en las actuaciones. En cuanto que de una u otra manera las procesadas confiesan en forma *calificada* su participación activa y efectiva en la consumación de las conductas punibles de Fraude Procesal, Falsedad en Documento y Estafa, último por el cual fueron objeto de acusación, sabiendo la Sala, que los dos primeros reatos se encontraban prescritos a la fecha de la calificación del sumario.

Es por eso que tiene sentido esta afirmación partiendo de la base de que como lo sostiene tanto doctrina y jurisprudencia penal, al considerar que la indagatoria se constituye en medio de defensa material y a su vez es un medio probatorio, fundamentalmente porque allí en desarrollo de ésta diligencia puede de manera libre, consciente y voluntaria un procesado, asumir su responsabilidad simple o calificada como autor o partícipe de una o varias conductas punibles, según su leal saber y entender, todo acorde con las garantías procesales penales.

Fue así como la acusada C.C.B.B., el día 08 de marzo de 2004, en desarrollo de la declaración de indagatoria ante la delegada fiscal 13 de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública de Bogotá, luego de recrear sobre las circunstancias y momentos en que conoce a las procesadas A.C.B.E. y N.D.C.M.R., asegura que su única participación dentro del trámite del cobro a FISALUD, fue presentar a la señora N. con la señora A.B. y entregarle a la señora A. los documentos, llevárselos a ella e inclusive que A. llegó hasta su casa a recogerlos y luego ante una pregunta de la delegada señaló: *“...Bueno mi amor yo me acuerdo que cuando a ella le llegó el auxilio, A. me llamó a mi casa y me dijo que le hiciera el favor de avisarle a la señora N. que le había llegado el fallo del auxilio y que la llevara al Banco de Colombia que ellos estaban ahí, es decir la señora A. estaba ahí, y ahí le deje yo a la señora N. Ya de ahí que ellas hayan hecho yo no sé, porque yo me fui. Inclusive que yo me acuerdo que ese día yo tenía que matricular a la niña, entonces yo la deje ahí y me fui para el colegio.”*²⁵

Y más adelante sobre el mismo particular sostiene ante otra pregunta de la delegada fiscal: *“Yo lo que recibí, fue lo que entregaron, el acta de defunción, registro civil y fotocopia de cédula,*

²⁵ Folio 41 al 51, c1.

eso fue lo que señora N. me entregó y eso fue lo que le hice llegar a la señora A. No sé si ella me las daría originales o falsos, no sé.”

A renglón seguido: *“Yo no sé de diligenciamiento de formulario, debe ser la señora A. que se encargó de eso entre ella y el abogado porque yo no sé de eso”.*

Mientras que la procesada A.C.B.E., en su declaración de indagatoria de fecha 13 de mayo de 2005, ante la misma Fiscalía delegada, frente a un interrogante sostuvo que:

“Yo me interese, como no estaba trabajando, ya tenía diez meses que no trabajaba, yo vi que esa era una forma, asesorando a las personas, la verdad fue a muy pocas personas, quienes, la verdad es que ahora mismo, hace tanto tiempo, ahora mismo no recuerdo, a sea yo cuando asesoraba a las personas, ellas hacían su trámite y ellos al final me pagaban doscientos mil pesos por una asesoría.”²⁶ (Subrayado fuera del texto original)

Pero reafirma A.C.B.E., sobre la anterior asesoría el que en veces esta la presta en forma gratuita y pero sorprendentemente en otros apartes de esta narrativa sostiene que: *“A ver, ellos me daban ese pago al final, ya después y muchas veces ni me lo dieron...”* Dejando una sensación a posteriori de no conocer a C.C.B.B., cuando sabemos que esta última admite en su indagatoria, que eran amigas y compañeras en las gestas de asesoría y reclamo de indemnización en FISALUD, de personas que estaban en los parámetros o protocolos exigidos por esta entidad para cancelar las correspondientes sumas de dineros al caso sometido a su competencia. Pero igual rechazo hace sobre el cuestionamiento a la elaboración y aprobación documentaria ante la cámara de comercio de la ciudad, para constituir la persona jurídica de Funeraria la Fe, sin embargo existe un testimonio muy valioso que aplicadas las reglas de la experiencia, la lógica y el dicho de la ciencia se obtiene que A.C.B.E., bajo el matiz de asesora en los cobros de auxilios mortuorios ante FISALUD, concibió y urdió un plan criminal para hacerse de dinero en forma ilícita y para lo cual utilizó a personas, documentos lícitos e ilícitos procederes que satisficieran las exigencias de la entidad defraudada, este testimonio es el de la señora E.M.N.A., conocida de todas las demás coprocesadas, situación no discutida por ellas mismas, pero contrario a tal asunción del Tribunal, argumentan monolíticamente que jamás se usó a esta señora de escasos conocimientos académicos – *primero de primaria* – para sus gestas delincuenciales, pero no obstante ello lo admiten parcialmente, pero solo bajo el ropaje de asesoría y del ineludible contacto con personas que tenían la posibilidad de recibir el auxilio de marras, pero contrario a tal negativa la testigo en su declaración de fecha 09 de marzo de 2004, ante la investigadora fiscal, revelo la verdad:

“Yo le planchaba a la señora A.C., vivía ahí en el edificio Liverpool, en el apartamento 4,...” más adelante dice: *“...ella me preguntó que si por aca donde yo vivía no había personas que le hubieran pasado accidentes de automovilismo, entonces yo le dije a ella, por allá hay una señora en el barrio San Pedro III que tuvo un accidente...”*²⁷

Esto así expuesto hace que deslumbre ante la justicia, el conocimiento personal recíprocos entre E.N.A. y A.C.B.E., porque además también desnuda la actividad a la que se dedicaba E. – *oficios domésticos*- y también las de A.C. – *supuesta asesoría en el reclamo de auxilios por accidentes automovilísticos*- no obstante lo anterior la misma declarante E., sobre la creación de Funeraria La Fe, aún cuando de manera figurada o tácita nos dice que participó

²⁶ Folio 110 a 131, c1.

²⁷ Folio 61 a 70, c1.

activamente en el acopio de documentos y de gestiones ante la cámara de comercio, pero no dando fe del contenido de los documentos o de cuáles fueron los motivos de su presencia en esa Institución, a pesar de tal argucia la Fiscalía, logró demostrar que E., es la representante legal de Funeraria La Fe, la cual fue utilizada para hacer más de 140 reclamaciones ante FISCALUD, que hoy son motivo de investigación aparte.

Sostiene la declarante E.M.N., que para la creación y con ello despejar las inquietudes de la Fiscalía, de quienes son sus verdaderos gestores como personas de atrás en lo que guarda relación con Funeraria La Fe, sin titubeo señala a la procesada A.C.B. E., misma quien la citaba a su residencia y le entregaba documentos prefabricados que debía firmar los cuales con el acompañamiento de otro sujeto ignoto para el proceso penal, debían presentar ante la cámara de comercio de esta Urbe, para cumplir con la consolidación legal, de este establecimiento comercial, obteniendo la calidad de representante legal, del mismo para la época de los hechos, registrándose la cancelación de este establecimiento el 03 de abril de 2002, sin embargo, como se observa en el plenario se siguieron adjuntando luego de extinguido el establecimiento comercial, facturas por prestación de servicios funerarios, con el mismo propósito económico protervo y con la asesoría de A.C.B., quien niega participar en el acopio de documentos para esos menesteres, ya que sostiene que su participación era supuestamente de “asesoría” pero sabemos que la realidad era otra y ella misma acepta que cobraba dinero por la prestación de su asesoría al ser conocedora de los requisitos y trámites exigidos, conocimiento que admite obtuvo cuando trabajó en la personería.

Pues bien, mírese como es la investigación la que aborta diáfananamente, según el testimonio de C.A.M.G., hermano de N.D.C., el obtener claramente que J.M.Ch., murió ahorcado o degollado en el primer piso de su casa; luego no se constituía tal suceso nefasto, acorde con las exigencias para acceder a un auxilio o indemnización por muerte violenta, en el entendido de que para que el reclamo tuviera recibo legal, por lo menos la muerte de una persona tenía que ser por acción automovilística sin que se conociera su autor o el conductor del rodante y otras condiciones que no enervaran tal pretensión económica. Por lo que una muerte por ahorcamiento como la de nuestro interés ni más ni menos obedece a una previa actitud consciente de un ser humano, que desea acabar su vida por disímiles motivos y que aquí no interesa para el proceso penal, recordar dentro de la casuística que regula estos sucesos dolorosos inclinarse por alguna móvil generador de la muerte.²⁸

En fin, en la reclamación por la muerte de J.M.Ch., está contenida la factura por servicios funerarios por valor de \$1.460.000, que puede observarse a folio 71 del cuaderno original 2, siendo el lugar de funcionamiento de Funeraria La Fe, la transversal 2 N° 80-96 de la ciudad de Barranquilla. Por lo que esta evidencia encierra un indicio grave en contra de la procesada A.C.B.E., la cual la compromete más allá de la simple “asesoría” porque la creación de esta funeraria fue producto de su imaginación y efectiva voluntad de hacerse por esta vía de dinero ilícito, fijese como O.A.B.G., referente a la muerte en accidente de tránsito de su señora madre E.G.O., ocurrido el 23 de junio de 1997²⁹, nos pone de presente que E.N.A., intermedió para hacer la reclamación dineraria por la muerte de su progenitora ante FISCALUD, obteniendo la suma de \$4.300.125, girado por el Banco Agrario a M.B.G., pero extrañamente aparece un documento en el folio 172 del c.1, en fotocopia sobre los servicios funerarios a la finada Elizabeth García Otero, expedida por la Funeraria La Fe, a través de la factura de

²⁸ Folio 32, c1.

²⁹ Folio 72, c1.

venta N° 0567 de fecha 23 de junio de 1997, por valor de \$940.000, siendo que este servicio lo prestó Funeraria San José y además para esa fecha no había sido siquiera constituida el establecimiento Funeraria La Fe, porque lo fue el 11 de agosto de 2000, fecha inmensamente superior a la muerte de la señora E.

Si bien es cierto que de bulto no aparece aprehensible la responsabilidad de la procesada A.C.B.E., no es menos cierto que evaluando en conjunto todas las pruebas y con la participación un poco hostil de esta acusada en su intervención material en la diligencia de indagatoria, claro se obtiene que si tenía injerencia positiva y determinante en las reclamaciones objeto de investigación, que para nuestro cometido funcional y tal como lo dice el pliego acusatorio se reduce a la reclamación que permitió obtener compartidamente con N.D.C.M.G. y C.C.B.B., la suma de \$6.502.500, por la muerte de J.E.M.Ch., contenida en la reclamación N° 418642, tanto que N.D.C.M.G., en su indagatoria sostiene que a su esposo lo enterraron en Cali, porque la mamá de él se lo llevó para allá y que ella vive en esa ciudad, asegurando que ésta estaba pagando algo en la Funeraria Los Olivos, luego entonces la Funeraria La Fe, con asiento en esta urbe, no prestó ningún servicio funerario³⁰.

Ahora bien, por vía de indicios se llega al mismo sitio de la responsabilidad penal de A. C. B. E., porque no discute que existe FISALUD, que este ente se encargaba de cancelar auxilios por muerte violenta en accidente de tránsito, que conocía toda la documentación requerida para estos menesteres y además su trámite y términos de espera para que se satisficiera la pretensión, el momento en que llega el dinero porque ese era su labor, el banco escogido, día y hora en donde había que presentarse y recibir el dinero, el mismo requerimiento de la presencia de la reclamante en el banco y de la ineludible compañía de sus asesores para que la beneficiaria diera los correspondientes dividendos, a quienes le colaboraron en esas gestiones muy especiales.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 246 del Código Penal, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de octubre del 2009, radicado 28.188. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, artículo 284 de la Ley 600 de 2000.

RADICACIÓN: Referencia Interna: 2015-0018

FECHA: Marzo 4 de 2015

DECISIÓN: Confirma parcialmente. Decreto prescripción a favor de una de las procesadas.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

VIOLENCIA DE GÉNERO-Es la generada por el excónyuge a través de actos tendientes a vulnerar derechos subjetivos de la mujer/**HECHO SUPERADO**-Ocurre cuando los actos generadores de la transgresión ya han cesado/**CARENCIA ACTUAL DE OBJETO**-No resulta procedente cuando subsisten perturbaciones al pleno uso y goce de derechos conculcados por autoridades administrativas

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa Fáctica: En el presente caso, se pretende a través del ejercicio de la acción de tutela, se protejan los derechos de una mujer y su menor hija, quienes estaban siendo afectadas por

³⁰ Folio 27 al 29, c1.

sucesivas conductas de su expareja tendientes a desestabilizarla emocional, patrimonial y afectivamente, aunado a la conducta omisiva de las autoridades administrativas del caso.

Extractos: “En el caso bajo estudio, observa la Sala que el 21 de diciembre de 2014 se realizó audiencia de conciliación en la Comisaria Nocturna de Familia Turno I representada por la Dra. C.D.A.N., para resolver los conflictos de custodia de la niña, la cual fue convocada por el accionado y en el curso de la misma, la Comisaria le dio lectura de la rendición de cuentas manifestada por la actora, debido a que su ex esposo señaló que no hacía buen uso a los dineros que se le daban para la niña, en la misma audiencia se dio traslado a todas las pruebas aportadas al proceso y posterior a la lectura del informe y entrevista psicológica en 19 de Diciembre de 2014 realizada a la niña G.H.V.P., luego de haberse efectuado una entrevista directamente con la niña y en presencia de su madre; en la cual, la menor manifestó querer estar unos días con su papá porque tenía unos planes de vacaciones, posterior a ello la accionante hizo una síntesis de la administración que le daba a las cuotas que entregaba el padre de la niña, e indicó las razones por las que no estaba de acuerdo con la custodia de su hija en cabeza del padre por lo que finalmente al no haber conciliación entre las partes el despacho declaró agotada esta etapa y resolvió en segundo lugar *“aprobar que provisionalmente la niña G.H.V.P., continúe con su padre durante el periodo vacacional, hasta el día 24 de Enero de 2015..., y los días 4,11,18 de 2015”*. Desconociendo que ya en sentencia de divorcio de fecha 11 de Abril de 2013 dictada por el Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla se había resuelto que la custodia y cuidados de la niña serían ejercidos por su madre al igual también se había dispuesto lo relacionado con las visitas; situación que era susceptible de modificación a través de vía judicial; y provisionalmente podría haberlo hecho bajo un trámite administrativo permitiendo que la accionante ejerciera el derecho de Defensa y Contradicción, valorando uno a uno los elementos probatorios de manera regular en dicho trámite; a fin de poder sustentar la decisión allí tomada, lo cual no se desprende del contenido del ACTA DE NO CONCILIACION EXP-0341-14 obrante a folio 60 y 61 del informativo tutelar.

Considerándose por parte de esta Sala que su actitud fue arbitraria y vulneradora de los derechos fundamentales de la niña G.H.V.P. como de su madre. Pero como se pudo establecer a través del presente trámite constitucional por comunicación telefónica con la apoderada de la actora que la niña desde el 24 de Enero de 2015 volvió a casa de su mamá razón por la cual nos encontraríamos frente a un hecho superado. Al respecto la Honorable Corte constitucional en Sentencia T-146 de 2012 señaló que *“...Se ha entendido que la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando, en el momento de proferirla, se encuentra que la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que el supuesto afectado intentara la acción, ha cesado, desapareciendo así toda posibilidad de amenaza o daño a los derechos fundamentales. De este modo, se entiende por hecho superado la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión en esta Corte, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestran que la vulneración de los derechos fundamentales, en principio informada a través de la instauración de la acción de tutela, ha cesado...”*, Razón por la cual esta Corporación no tutelara en este sentido.

(...)

Ahora bien, en cuanto a LA DILIGENCIA DE AMPARO AL DOMICILIO radicada bajo el número 061-14 y la cual cursó en la inspección Primera de Policía Urbana de Reacción Inmediata - Dra. B.R.E., es necesario precisar lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Policía, el cual señala que: **“El que insista en permanecer en domicilio ajeno contra la voluntad**

de su morador aunque hubiere entrado con consentimiento de este, será expelido por la Policía a petición del mismo morador” Lo prescrito en este artículo, prevé un proceso especial, breve y sumario de amparo al domicilio, instituido en favor de quien esta investido de la facultad de revocar el consentimiento para demandar la recuperación o restitución del inmueble, en contra del obligado a esa entrega³¹.

(...)

El Funcionario de policía tiene competencia para iniciar tal trámite, previo análisis de las circunstancias que rodean la querrela, puesto que no se puede utilizar para lanzar a tenedores, poseedores y o herederos o personas que tengan otras razones para habitar en el inmueble. Es así como en éste casos se observa que el ex cónyuge de la accionante, utiliza la acción para obtener la desocupación del inmueble que durante 12 años ocupó la señora M.P. con él, lo que constituyó el hogar conyugal y aún siguió habitándolo con su pequeña hija G., constituyéndose su vivienda familiar.

(...)

De lo anterior advierte esta Corporación que utilizar el amparo al domicilio como una acción para sacar del inmueble familiar a la accionante, representa una considerable vulneración a sus derechos fundamentales y a los de su pequeña hija, especialmente a los de vivienda digna, y la protección especial a las mujeres y a los niños y niñas reconocidos por nuestra constitución. No era el tramite adecuado para despojar a la señora M.P.S. del lugar que durante 12 años fue el hogar conyugal con su ex esposo y después de su divorcio ha sido la vivienda familiar tanto de ella como de su hija, circunstancia que fue advertida por el personero delegado para la diligencia y así quedó plasmada en la petición que hiciera , pero que no pasó de ser un simple comentario de pasada porque la funcionaria no atendió la petición y el no insistió en la misma, constituyéndose la actuación desplegada por la inspectora Primera de Policía Urbana de Reacción Inmediata - Dra. B.R.E., en una flagrante violación a los derechos fundamentales invocados por la parte actora y que de hecho también repercuten en la niña G.H.V.P.

Tomando en consideración que la actora fue desalojada el día 17 de Diciembre 2014 del inmueble ubicado en la XXXXXX de la ciudad de Barranquilla, podríamos pensar que nos encontramos en presencia de carencia actual de objeto por daño consumado. La Corte Constitucional ha establecido que *“la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”*.

³¹ Procedimiento para que el inspector de policía de la respectiva jurisdicción avoque el conocimiento del proceso policivo: Cuando por alguna circunstancia, una persona decida revocar su consentimiento, para que desocupe la porción del inmueble que se le ha permitido habitar, y una vez requerida y este se rehúsa a desocupar la habitación que se le dado a título gratuito, deberá presentar un memorial o querrela al Inspector de Policía de la jurisdicción donde está ubicado el inmueble, para que inicie las diligencias tendiente, para preservar la situación que existía antes de habersele consentido a este particular, residir parte del inmueble, a título gratuito.

Para no vulnerarle el debido proceso a esta persona que se le permitido el uso y el goce de parte del inmueble, **se le deberá dar traslado de la querrela, para que presente sus descargos.**

El afectado, **también deberá señalar a unos testigos, para ser recepcionados, estos testimonios, se valoraran, y serán fundamentales, para que el Inspector de Policía,** conceda un AMPARO POLICIVO, para restituir al propietario el inmueble.

Con este acto administrativo, el Inspector de Policía, se dirigirá al inmueble, en asocio de varios miembros de la POLICIA NACIONAL, para que el particular renuente en hacer la entrega voluntaria, abandone la habitación que se le concedió para que residiera temporalmente a título gratuito.

“Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general. En otras palabras, su fin es que el juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocuo o, lo que es lo mismo, caería en el vacío pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal”³².

Pero no considera esta Sala que haya daño consumado , pues este solo se presenta cuando cualquier orden del juez de tutela resultaría inocuo o, lo que es lo mismo, caería en el vacío pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Considera esta Sala que en éste caso que nos concita, si puede aún haber lugar a proteger los derechos subjetivos de la señora M.P. y su menor hija G.H.V.P., que son sujetos de especial protección constitucional por razones del género y de la edad respectivamente, ordenando dejar sin efectos todo el trámite policivo seguido en su contra en la Inspección Primera de Policía Urbana de Reacción Inmediata, y ordenando a su vez que tanto la Dra. B. R.E. como el señor O.A.V.L, hagan entrega del bien inmueble arriba identificado a la accionante en un término no mayor a 48 horas.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, la Sala observa que ha existido un ensañamiento por parte del señor O.A.V.S. en contra de su ex pareja la señora M.P.S., lo cual se infiere de todas las actuaciones que ha adelantado y viene adelantando en su contra, trasgrediendo de manera continua los derechos de la mujer y ejerciendo violencia psicológica sobre la accionante donde de igual forma se ve afectada la niña G.H.V.P., hija de la pareja.

La Honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar a cerca de *“La violencia contra la mujer ha sido definida como cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados”³³.*

De acuerdo a los argumentos expuestos se pudo observar que las instituciones que están creadas para la especial protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y para brindar ayuda a las mujeres, niños, discapacitados y cualesquiera otro grupo de personas que sean sujetos de discriminación positiva, se limitaron a ver desde la barrera la situación sin hacer el debido acompañamiento a la hoy accionante y a su hija, permitiendo la persecución y la vulneración de sus derechos, por tal razón la Sala instará a la PERSONERIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA- OFICINA DE LA MUJER, INSTITUTO COLOMBIANO DE

³² Sentencia T-342/11

³³ Sentencia C-776/10

BIENESTAR FAMILIAR, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, al PROCURADOR 5 JUDICIAL II DE FAMILIA DE BARRANQUILLA para que en casos como este, brinden una asistencia y ayuda efectiva dentro de todas las actuaciones de carácter judicial como administrativo y especialmente a las actuaciones en las que se vea involucrada la señora M.P.S. y su hija G. H.V.P., donde tal acompañamiento es determinante a fin de prever que vuelvan a surgir situaciones como las narradas en esta acción constitucional.”

FUENTE NORMATIVA: Corte constitucional: Sentencias T-146 de 2012 y C-776 de 2010, artículo 85 del Código Nacional de Policía,

RADICACIÓN: 08001-22-13-000-2015-00075-00/ **T- 00075-2015**

FECHA: Marzo 12 de 2015

DECISIÓN: Tutelar los derechos fundamentales de la accionante y su menor hija, a la especial protección de la mujer y de los menores de edad, a la dignidad humana, a la vivienda digna, al debido proceso, y a la protección contra toda forma de violencia y discriminación contra las mujeres.

AUTORIDADES ACCIONADAS- Estuvieron prestas a cumplir, si bien no dentro de los 10 días señalados en la orden de tutela, si antes de iniciar el incidente de desacato/**FALLO DE TUTELA-** Se cumplió en su totalidad al momento de hacer la respectiva consignación a órdenes del Juzgado/**SANCIÓN POR DESACATO-** Sólo procede cuando el sujeto obligado haya adoptado alguna conducta omisiva de la cual pueda inferirse que ha obrado de mala fe con el ánimo de evadir los mandatos de una autoridad judicial

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia en sede de consulta, la sanción impuesta a los accionados, por el presunto incumplimiento a un fallo de tutela, con motivo de unos retroactivos pensionales de extrabajadores del extinto Fondo Pasivo de Ferrocarriles.

Extractos: “Tenemos que la entidad FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, antes de iniciarse el incidente por parte del Juzgado, expidió los actos administrativos tendientes a cumplir la orden de tutela, y para tal fin a cada uno de ellos, indexó y señaló el monto correspondiente a la entrega de retroactivos, en la Resoluciones que aparecen enlistadas a folio 126 del CP. del Incidente, cuyos seriales van de la 1530 hasta la 1558 y a través del Ministerio respectivo estuvo dispuesta a pagar los montos liquidados, indicando al Juzgado que se iban a incluir en la nómina de junio de 2.013, retroactivos que no pudieron ser cancelados en la nómina indicada, a cada uno de ellos, por expresa orden del Juzgado Tercero Promiscuo de Sabanalarga, quien ordenó consignarlos en el Banco Agrario. Recibida la comunicación del Juzgado, El Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el día 19 de junio de 2.013, comunicó que procedería a hacer la consignación ordenada (Fl.69), depósito que se hizo el día veintiocho (28) de junio de 2.013, y que le fue entregado al Dr. C.A.D.C. el día 15 de julio de 2.013, con número de título 416220000177068, por la suma de \$1.310.907.880 (Fl 71)

Es así como podemos observar en las Resoluciones mencionadas en las cuales se indica la indexación a cada uno de los accionantes , expedidas por el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que la fecha de expedición de cada una fue el diez (10) de mayo de 2.013, es decir fecha anterior al 28 de mayo del mismo año, en la cual se presentó el incidente

por el apoderado judicial de los accionantes, así mismo El Ministerio de Comercio Industria y Turismo señaló que se incluirían en la nómina de junio de 2.013 para hacerles los pagos reconocidos en dichas resoluciones.

Se determina así mismo que las mesadas indexadas se están pagando a cada uno de los veintinueve (29) accionantes en cada una de sus pensiones, y es así como a folios 131 a 158 del C.P., se encuentran las fotocopias de los comprobantes de pago, y se determina que desde el mes de junio de 2.013 sus pensiones alcanzaron el poder adquisitivo perdido y en consecuencia los derechos fundamentales inicialmente vulnerados y protegidos por la Corte Constitucional se encuentran restituidos, siendo esta la finalidad última de la acción constitucional.

Se puede vislumbrar de entrada que las entidades accionadas FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, estuvieron prestas a cumplir, si bien no en los diez (10) días señalados en la orden de tutela, si antes de iniciar el incidente de desacato que hoy se tramita, cumpliendo en su totalidad al momento de hacer la respectiva consignación a órdenes del Juzgado.

Revisada la liquidación de cada uno de los accionantes, realizada por El Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se observa que se utilizó la fórmula indicada por la Corte Constitucional en la sentencia t-098 de 2.005 y se manejó la prescripción de los últimos tres años. Liquidaciones que fueron individualizadas en actos administrativos personales y concretos a nombre de cada uno de los accionantes, y que a pesar de señalar que no procedía recurso alguno contra ella, no fueron objeto de reclamación para solicitar adicionar o corregir en punto a las diferencias económicas por ellos planteadas. Más aún utilizar acciones contencioso administrativas contra dichos actos, para reclamar cualquier diferencia que consideraran, toda vez que el incidente de desacato no era el escenario para discutir aspectos prestacionales divergentes, cuando los derechos fundamentales protegidos que eran la actualización de las mesadas pensionales, habían recuperado su poder adquisitivo, protegiendo con ello el mínimo vital de los pensionados, habiéndose cumplido la finalidad de la acción constitucional.

En el presente caso es necesario analizar si había o no necesidad de acudir a auxiliares de la Justicia para determinar si se había dado cabal cumplimiento a la orden, y la respuesta es NO.

Porque a pesar de que la acción de tutela impetrada por los accionantes y concedida por la Corte Constitucional tenía un componente actuarial o indemnizatorio, en el cual había que determinar la aplicación o no de las fórmulas indicadas para tal fin y además establecer las prescripciones para cada uno de los pensionados, esta liquidaciones se hicieron antes de la iniciación del incidente y después de que estaban expedidos los actos administrativos y ordenados sus pagos e inclusión en nómina, los accionantes a través de su apoderado han desnaturalizado el trámite incidental al reclamar aspectos prestacionales y legales que desdibujan la finalidad de la protección constitucional, para lo cual se hacen las siguientes precisiones:

- 1.- Las resoluciones de cumplimiento del fallo se dictan el 10 de mayo de 2.013
- 2.- El incidente de desacato se inicia el 28 de mayo de 2.013
- 3.- El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, señala que los pagos de las mesadas indexadas y los retroactivos se incluirían en la nómina de junio de 2.013.

- 4.- Por orden del Juzgado, El Ministerio mencionado, consignó el título correspondiente a las liquidaciones a órdenes de dicho Despacho, el día 28 de junio de 2.013.
- 5.- El 15 de julio de 2.013 se entregó dicho título al apoderado judicial de los accionantes con facultades de recibir.
- 6.- El 25 de junio de 2.013 el apoderado judicial de los accionantes aporta al Juzgado, la cesión de los derechos prestacionales de los accionantes, indicando que 24 de ellos habían cedido sus derechos.
- 7.- En auto de cinco (5) de agosto de 2.013, el Juez Constitucional como si se tratara de un proceso cualquiera le acepta la cesión, y aplica lo señalado en el artículo 60 del C.P.C.
- 8.- Y a partir de allí se trenza el incidente en una disputa meramente patrimonial, porque en otro auto de la misma fecha es cuando se ordena la práctica de una prueba pericial.
- 9.- Practicada la prueba pericial, en auto de fecha catorce (14) de noviembre el Juez de instancia, le comunica a la entidad que el dictamen realizado por el perito ALFONSO CUENTAS deberá tenerlo en cuenta para ajustar las resoluciones. Y posteriormente indica que de acuerdo con el peritaje oficioso ordenado y realizado por la señora MARY ROSA PIRELA VALLE, deberán reconocer un saldo de \$5.792.289.187

Vemos entonces que los intereses ya no son constitucionales, sino meramente legales porque en ese momento ya los accionantes tenían indexadas sus mesadas y se les había entregado el dinero de sus liquidaciones a través de su apoderado judicial, quien era el más interesado en proseguir el incidente por cuanto había sucedido a los accionantes en el trámite defendiendo unas liquidaciones que prácticamente eran suyas. Circunstancias que en si misma pueden ameritar investigaciones de carácter disciplinarios y penales tanto para el Juzgador como para el Dr. C.D.C., apoderado y cesionario de los derechos de los accionantes.

Así las cosas, analizada por ésta Sala la responsabilidad subjetiva del Director General y Representante Legal Del Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, doctor JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA, que en últimas fue el sancionado en éste incidente, y se concluyó que no hubo una conducta reprochable por desacato, razón por la cual no era procedente imponer una sanción en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Para aplicar dicha sanción, es indispensable que el sujeto obligado haya adoptado alguna conducta omisiva de la cual pueda inferirse que ha obrado de mala fe con el ánimo de evadir los mandatos de una autoridad judicial, lo cual no se traduce de la actuación del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ni del Ministerio referido.

Hay casos en los cuales las particularidades del caso exigen análisis y valoraciones más complejas, y ameritan el auxilio de expertos, pero en el mentado caso, las condiciones que rodearon la materialización de la orden con el cumplimiento de la misma, si bien en un término mayor que el ordenado, no generaba el trámite extenso y alejado de los preceptos constitucionales, ni mucho menos la sanción por desacato impuesta al Representante Legal de una de las entidades vinculadas al mismo como lo era el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por tal razón la desviación de la naturaleza del mismo hace imperioso la revocatoria de la sanción, por cuanto la Corte protegió el mínimo vital de los pensionados, cuyos derechos fundamentales quedaron cubiertos con la actualización de su primera mesada y la inclusión en la nómina del mes de junio de 2.013, como se comprobó fehacientemente. En conclusión, la pretensión del apoderado de los accionantes presupone un interés meramente económico, ajeno a la constitucionalidad de los derechos protegidos, lo que supone que el incidente de desacato no es el camino idóneo, tal como lo sentara de vieja data la Corte Constitucional en Sentencia T-582 de 2.003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencia T-098 de 2.005, Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y Sentencia T-582 de 2.003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

INCIDENTALISTA: Rafael Quintana Morales y Otros

INCIDENTADO: Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

FECHA: Marzo 4 de 2015

RADICACIÓN: 08-638-31-89-03-2011-00241-02/ **CT- 00043-2015**

DECISIÓN: Revoca providencia consultada. Ordena compulsar copias.

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.