

# Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Agosto 2014

Número 27

## 1. SALA CIVIL-FAMILIA

**CANCELACIÓN DE REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO-Vía judicial/DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTERIOR-Valoración y mérito probatorio/CONVENCIÓN DE LA HAYA-** Requisito de legalización para documentos públicos extranjeros fue abolido por este instrumento internacional

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS**

**Causa fáctica:** En el presente caso, la parte actora pretende la cancelación de su registro civil de nacimiento que fue expedido en la ciudad de Barranquilla, pues no consulta la realidad fáctica como quiera que su nacimiento se produjo en el vecino país de Venezuela, y no en el nuestro como aparece consignado.

**Extractos:** “Surge entonces la oportunidad para la Sala de descender al estudio de fondo del caso que ocupa su atención, de allí, se advierte que el aspecto que demanda análisis por parte del Tribunal es el mérito probatorio que se le pueda dar a los documentos que el demandante ha acompañado a su solicitud para destacar que el lugar de su nacimiento ocurrió en el vecino país de Venezuela, por lo que estamos en presencia de la denuncia de ese hecho en un territorio extranjero, y bajo este aspecto, busca la validez del registro realizado ante la Notaría Primera de Bogotá.

En primer punto se advierte que con la demanda inicialmente se acompañaron los siguientes documentos: (i) Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial N° 40052051 de la Notaría Décima del Círculo De Barranquilla- Atlántico correspondiente al inscrito Kaleb José Cedeño Vega. (Fl 5). (ii) Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial N° 50335531 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá- Cundinamarca (Fl 6). (iii) Copia auténtica de constancia de la Jefatura Civil de la Parroquia Coquivacoa, Municipio Maracaibo, Estado de Zulia (Fl 7), reverso de este folio (iv) Certificación de la Alcaldía Del Municipio Maracaibo, Jefatura Civil De la Parroquia Coquivacoa, (v) Oficio 2660 de 19 de abril de 2012 procedente de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Fls 8 y 9).

Admitida la demanda mediante auto de 7 de febrero de 2012 (sic), el A quo decretó pruebas de oficios, así mismo bajo esa facultad requirió a la parte demandante para que acompañara al proceso Copia del Acta N° 584 Libro 2 de la Jefatura Civil de la Parroquia de

Coquivacoa de Maracaibo debidamente apostillada, certificado de nacido vivo y partida de bautismo.

El demandante mediante escrito de 22 de abril de 2013, manifiesta acompañar los documentos relacionados por el juez de primer grado, señalando acompañar la memorada Acta N° 584 debidamente autenticada y apostillada, así como el certificado de nacido vivo, y prueba que el demandante no profesa la religión católica por lo tanto no se adjunta, la partida de bautismo (Fls 23 a 26).

Bajo la relación de los documentos que se han detallado, habrá que establecer conforme a nuestra legislación, cuál de ellos, comporta la naturaleza de privado y de público, así de los documentos anexados por el demandante copia auténtica del certificado de nacido vivo suscrito por el galeno que asistió a la señora Ana Rosa Vega De Cedeño en el servicio de maternidad en el Hospital Adolfo Pons de Venezuela, aduciendo que la mencionada señora dio a luz el 21 de diciembre de 1992 a un niño de sexo masculino a las 11:10 p.m (Fl 25).

Respecto a la naturaleza de este documento, a voces del artículo 251 del C. de P. C no reuniría los requisitos para catalogarse como público, dado que el hecho que hace constar el profesional de la medicina, en la certificación referida, lo hace en ejercicio de esa actividad profesional liberal, más no aduciendo detentar algún cargo de la naturaleza de público al servicio del hospital al cual hace mención, por tal motivo, frente a este razonamiento, mal pudo el juez de primer grado, exigir las formalidades delimitadas en el artículo 259 ejusdem.

Ahora bien, como quiera que la aspiración del demandante es dejar vigente el registro civil que tuvo lugar en la Registraduría Primera del Círculo de Bogotá, ante la cual, confluyen los interesados para el registro de nacimiento acaecidos en el extranjero, de ello, se desprende que se impone determinar si los datos biográficos contenidos en tal instrumento público corresponden a la realidad probatoria allegada al informativo, en especial el lugar de nacimiento del demandante.

En ese orden de ideas, el interrogante que surge es el siguiente: ¿Es suficiente el certificado de nacido vivo del demandante que acompaña al proceso?

Al respecto se tiene, que bajo la autenticación que de ese documento hace la Notaria Segunda del Círculo de Barranquilla, en cuyo acto da fe que tuvo a la vista el original y que la copia es idéntica a su contenido, y teniendo claridad sobre las circunstancias certificadas en lo que atañe, al tiempo, lugar, hecho acaecido, sujetos partícipes, y la persona que ha suscrito el documento, no ofrecen otro camino que darle el mérito probatorio con miras a otorgarle con independencia de otras pruebas que la Sala habrá de valorar que, ésta, constituye por ahora un indicio para tener como lugar de nacimiento del demandante el país de Venezuela, sin que pueda exigirse que tal documento debió cumplir con las formalidades que impone el citado artículo 259 procesal, con la obviedad que no estamos frente a un documento público como condicionamiento de la citada disposición adjetiva.

Para acreditar el hecho del nacimiento nuestro ordenamiento jurídico relaciona los distintos medios de los cuales se puede echar mano para lograr dicha finalidad, trátase al interior de trámites de estirpe jurisdiccional o administrativos, así, las normas se ocupan de regular el tema cuando se trata de inscripción de registros de nacimiento ocurridos en el extranjero dentro de los treinta días siguientes a la ocurrencia del hecho, o la inscripción de manera extemporánea como ha acontecido en el caso bajo estudio, pues el demandante

acudió a una primera inscripción ante notaría Décima del Circulo de Barranquilla en el 2006 y un posterior registro en el año 2010 ante la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, autoridad ante la cual, se hizo constar en los datos biográficos en lo que atañe a su lugar de nacimiento, que ocurrió en el país de Venezuela. Nótese que la inscripción del nacimiento del demandante, operó mucho tiempo después de haber acaecido (1992).

En ese sentido la Sala considera necesario a fin de nutrir la presente proyección e ilustrar más acerca de la temática invocar las disposiciones que se ocupan del tema de las probanzas en lo que atañe al nacimiento, y lo relativo a la inscripción de ese hecho según prevé el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, determinador del registro civil colombiano y del trámite o procedimiento de inscripción, así mismo, es dicha fuente se recoge lo pertinente al trámite de la inscripción de nacimiento normal u ordinario para el niño, el cual, debe efectuarse dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento. <sup>1</sup>

Pero, cuando de registro extemporáneo se trata, el artículo 50 *ibidem*, modificado por el 1° del decreto 999 de 1988, se ocupa en delimitar o relacionar los medios probatorios para acreditar el hecho del nacimiento ocurrido en el extranjero.

El anterior trámite fue objeto de reglamentación mediante Decreto 2188 de 2001, cuyo artículo 1° numeral 3° fijó los parámetros y los medios que han de atenderse para acreditar el hecho del nacimiento del siguiente alcance:

**3. El nacimiento deberá acreditarse con el certificado de nacido vivo, expedido por el médico, enfermera o partera, o con otros documentos auténticos o con copia de las partidas parroquiales, respecto de las personas bautizadas en el seno de la iglesia católica o de las anotaciones de origen religioso, correspondientes a las personas de otros credos, anexando además certificación auténtica de la competencia del párroco o de celebración de convenio de derecho público interno con el Estado colombiano, según el caso.**(negrilla fuera del texto)

**4. En caso de no poder acreditarse el nacimiento con los documentos anteriores, se hará con fundamento en testimonios de conformidad con el artículo 50 del Decreto-ley 1260 de 1970. En este evento, la declaración bajo juramento rendida personalmente ante el mismo funcionario de registro civil o notario, la harán al menos dos (2) personas que hayan presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento.**

Bajo el esquema normativo en cita, no hay duda que el documento incorporado por el demandante para dar cuenta que su nacimiento sucedió en el país de Venezuela, esto es, con el certificado expedido por el médico bajo la constancia de haber asistido en servicio de maternidad a la señora Ana Rosa Vega De Cedeño, madre del joven Kaleb Cedeño Vega, ostenta el valor probatorio para acreditar tal hecho, a voces del decreto 2188 de 2001 en su artículo 1° numeral 3° el cual en su contenido utiliza la cúpula –o- para señalar que el nacimiento puede acreditarse por cualesquiera los medios que allí, se relacionan, así, el legislador no estableció la carga de aportar todas y cada una de las formas que enuncia el decreto, sino que es alternativa, de allí, que el interesado en acreditar tal hecho, puede echar mano de uno cualquiera de esos medios, que van desde el documental al testimonial.

De manera que el Juez A quo desacertó en abundar en exigencias frente a la declaración rendida por la madre del demandante (Fls 20-21), la que a su juicio no reunía las exigencias del decreto en mención en su numeral 3°, pues ello se tornaba superfluo en el

<sup>1</sup> Artículos 47 y 48 del Decreto 1260 de 1970.

entendido que al proceso se había acompañado el certificado de nacido vivo debidamente autenticado, medio suficiente para probar el nacimiento como tal, y lugar de ocurrencia. Ahora bien, en lo que atañe al mérito probatorio de otros documentos acompañados al plenario, como son la constancia emitida por el Jefe de Servicio Gineco-obstetra del Hospital “DR ADOLFO PONS” de Maracaibo en el país de Venezuela, expedida al interesado el 4 de abril de 2006 (Fl 24), así como la certificación obrante a folio 23, elaborada por la Registradora Principal Suplente del Estado de Zulia, en la que da fe que la copia de la constancia obrante a folio 7 (acta de nacimiento) es reproducción fiel y exacta del Acta de nacimiento N° 584 que llevó la Jefatura Civil de la Parroquia Coquivacoa Municipio de Maracaibo, del Estado Zulia durante el año 2006, cumpliéndose con el apostillaje, requerido por el Juez de Primera Instancia (Fl 16).

Analizando el tenor de tales documentos, su contenido, y las personas que lo suscriben, en su carácter de funcionarios públicos al servicio del país de Venezuela, de entrada sitúa el asunto por los cauces del artículo 259 del C. de P. C, dado que el carácter de público de los documentos, se extrae de la investidura de los sujetos que suscriben los mismos, y por quienes elaboran las constancias, Vrg el Jefe del servicio Gineco- Obstetra del Hospital “DR ADOLFO PONS” adscrito al Instituto Venezolano De Los Seguros Sociales- Dirección De Salud- entidad que al consultar las fuentes jurisprudenciales del vecino país de Venezuela, específicamente del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional en sentencia del 18 de septiembre de 2007 M.P Carmen Zuleta de Merchán en el cual, invoca en el caso estudiado, el concepto emitido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en decisión del 12 de julio de 2007 al plantear un conflicto de negativo de competencia, se refirió a la naturaleza del hospital así:

*“(…) evidencia la Corte en lo relativo al criterio orgánico, que en el presente caso la conducta supuestamente violatoria de los derechos constitucionales de la quejosa, presuntamente emanó del Hospital ‘Dr. Adolfo Pons’, adscrito al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, instituto autónomo cuyos actos, actuaciones u omisiones están sometidos al control de los órganos que conforman el sistema contencioso administrativo, según lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 2395 del 27 de noviembre de 2001 (caso: Pedro Amaro López).*

Con la información consultada, se tiene que los actos, actuaciones u omisiones que proceden de la entidad en comento están sometidas a la jurisdicción de los contencioso administrativo de ese país, por tal razón no hay duda que la entidad por su naturaleza pública, sus actos provenientes de sus órganos y funcionarios están investido de esa categoría de público, así de entrada pareciera que se imponía cumplir con las formalidades consignadas en el artículo 259 del C, del P. C, al tratarse de un documento otorgado en país extranjero, en cuanto atañe a la autenticación por cónsul o agente diplomático de la República y en su defecto por el de una nación amiga, esto, para aplicar la presunción que tiene aparejada la disposición.

Sin embargo, el requisito de legalización para documentos públicos extranjeros fue abolido por la Convención suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961, aprobada por Colombia mediante la ley 455 de 1998, la cual conserva su vigencia, pues fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-164 de 1999, y por tanto surge la importancia de compartir sus alcances, pues con ello, prácticamente el argumento central delimitado por el juez de primera instancia luce desacertado para negar las pretensiones del actor,

desconociéndose los lineamientos contemplados en su artículo 1° literal b así como el artículo 2° de la citada fuente jurídica internacional.

Frente a cada una de las razones que ha dilucidado la Sala hasta este interregno de la proyección, permiten inferir que la sentencia de primer grado fue desacertada con los argumentos desarrollados en su motivación y que condujeron a despachar de manera desfavorable las pretensiones del demandante, quien logró acreditar con creces que su lugar de nacimiento acaeció en el país de Venezuela, dato éste que sumado a los demás inmersos en el Registro Civil de Nacimiento procedente de la Notaría Primera del Circulo de Bogotá, consulta la realidad procesal y probatoria de esta causa judicial, y por tanto, tal instrumento merece seguir conservando su vigor o eficacia, pues, con ello, se contribuye a concretar dos hechos de importancia para el demandante y que se hayan estrechamente ligados a la eficacia y cumplimiento de sus derechos fundamentales, uno la obtención de su cédula de ciudadanía colombiana, y con ello, lograr por contera, adquirir la nacionalidad colombiana, al quedar evidenciado su intención inequívoca de radicar su domicilio en este país, al tiempo que sus padres son colombianos como quedó demostrado.

La Sala se refiere al tema de la nacionalidad, puesto que en el proceso afirmó contar con la cédula de ciudadanía venezolana, situándolo como ciudadano de ese país, al tiempo, que tal aspiración igualmente desea lograrla en nuestro país, sólo que no ha podido obtener el documento de identidad por el doble registro civil que presenta, con un dato biográfico que difiere sustancialmente el uno del otro, relacionado con el lugar de su nacimiento, aspecto que ya quedó acreditado en el proceso que sucedió, se repite, en Venezuela.

Como quiera que para la Sala resulta claro la prosperidad de la pretensión del demandante, surge diáfano, que el registro civil de nacimiento cuya presunción de legalidad se quebró es el identificado con indicativo serial 40052051 de la Notaría Décima del Circulo de Barranquilla, pues tal instrumento no da cuenta con veracidad del lugar de nacimiento del inscrito Kaleb Cedeño Vega, en tanto que sitúa a Barranquilla como espacio geográfico, cuando la realidad probatoria como quedó explicado con los documentos debidamente autenticados que se adjuntaron y que tienen fuerza probatoria, tal hecho, aconteció en el país de Venezuela. Así pues que la máxima latina que alude a que predomina el acto primero en el tiempo, primero en el derecho, no aplica para este caso concreto, dado que tal registro procedente de la Notaría de esta fracción territorial no contiene con veracidad todos y cada uno de los datos biográficos del demandante, cuestión que si cumple el registro Civil de la Notaría Primera del Circulo de Bogotá, la seleccionada por excelencia para proceder al registro de nacimientos acaecidos en el extranjero.

En ese orden de ideas, la Sala considera prudente adoptar las medidas del caso, precisamente para que un documento público que adolezca de imprecisiones que pongan en entredicho su legalidad y veracidad, no puede seguir conservando su validez, pues, con el conocimiento de las pruebas que se han traído al proceso, imponen que ese registro debe ser cancelado, y en su lugar, mantener aquél que consulta la realidad fáctica y jurídica del inscrito, un obrar en contrario sería cohonestar o encubrir una posible irregularidad.”

**FUENTE NORMATIVA:** Código de Procedimiento Civil: arts. 251 y 259, Decreto 1260 de 1970: arts. 1° y 50, Decreto 2188 de 2001: art. 1° num. 3°. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala constitucional: Sentencia de 18 de septiembre de 2007. M.P. Carmen Zuleta de Merchán. Convención de la Haya de 1961: Arts. 1° lit. b y 2°. Corte Constitucional. Sentencia C-164 de 1999.



**DEMANDANTE:** Kaleb José Cedeño Vega

**FECHA:** Julio 17 de 2014

**RADICACIÓN:** 08-001-31-10-006-2013-00016-01/**000133-2013F**

**DECISIÓN:** Revoca Sentencia De Primera Instancia. Ordena cancelación de registro de nacimiento del Circulo Notarial de Barranquilla.

-----

**MARCAS COMERCIALES**-Diferencias entre la utilización de sitio en internet (dominio) y una expresión de carácter universal/**DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL**- No se predicán de los términos de uso común y generalizado dentro del entorno empresarial/**ACTOS DESLEALES**- Se tienen como los tales los dirigidos a crear confusión, imitación, y explotación de la reputación de una marca ya registrada

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ**

**Causa Fáctica:** En el presente caso, la parte demandante manifiesta que su marca, utilizada entre otros en sitio web, guarda perfecta identidad con el nombre comercial de las empresas demandadas, así como con el dominio de internet utilizado por éstas para la promoción de sus productos, acto que consideran como violación de sus derechos de propiedad industrial.

**Extractos:** “Sea lo primero indicar que la controversia traída ante esta sede judicial no está relacionada con la protección de la marca GESTIONHUMANA.COM, sino que busca la sanción a los supuestos actos desleales que se derivan de la utilización de dicha marca por parte de terceros, por lo que procederá esta Sala a estudiar el problema jurídico planteado.

Tenemos en primer lugar que en el presente asunto, se tienen colmados los supuestos establecidos para la aplicación de las normas de competencia desleal, como son:

- El ámbito objetivo contemplado en el artículo 2° de la ley 256 de 1996, atendiendo a que las presuntas conductas desleales se produjeron en Internet; en relación a los fines concurrenciales -entendiendo fines concurrenciales como actos que permiten mantener o incrementar su participación o la de un tercero en el mercado-; y considera el demandante que las demandadas incurrieron en las conductas desleales para incrementar su participación dentro del mercado;
- Con respecto al ámbito subjetivo (artículo 3° Ley 256 de 1996) se tiene que la demandante es una sociedad mientras que la demandada a pesar de ser una fundación realizó alianzas comerciales estratégicas, según lo confesado por las representantes legales en los interrogatorios de parte<sup>2</sup>, con la también demandada sociedad GESTION HUMANA COLOMBIA LTDA para desarrollar actividades con ánimo de lucro;
- En relación al ámbito territorial (art. 4°) se tiene que las presuntas conductas se desarrollaron en Internet pero sus efectos se verían reflejados en el mercado colombiano.

---

<sup>2</sup> Folios 309 y 314

Ahora, antes de proceder a estudiar de fondo el problema jurídico planteado es pertinente determinar el origen de la expresión Gestión Humana, estudio que permitirá determinar si estamos en presencia de actos de competencia desleal al presentarse una confusión generada en los nombres comerciales de las demandadas, así como en el nombre de dominio de la página web [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com) con la marca de GESTIONHUMANA.COM, de la cual la actora es la titular.

Por averiguado se tiene, que la expresión Gestión Humana hace referencia a un área del saber que permite dimensionar correctamente el talento de las personas que integran una organización, incluyendo aspectos como la contratación de seres idóneos para determinadas labores, capacitación de los empleados y el fomento del ambiente y los mecanismos necesarios para que exista una productividad ideal.<sup>3</sup> Dicha área del saber, nace como respuesta a la necesidad de las organizaciones empresariales de propiciar un ambiente de trabajo saludable y propositivo que redunde en el bienestar de los empleados así como en su calidad de vida<sup>4</sup>.

Definiciones estas que compaginan con lo dicho por el testigo CARLOS JOAQUIN MEJIA DORIA cuando respecto de la gestión humana expuso: “*es una denominación universal, es un término genérico utilizado por todas las compañías para referirse a las áreas de recursos humanos*”<sup>5</sup>, quien expuso tal concepto dada su calidad de consultor empresarial en gestión organizacional, quien afirma además, respecto de la autoría de la expresión Gestión Humana que “*la primera denominación era Relaciones Industriales, después de la segunda guerra mundial se llamó departamento de personal, en la década de los 70 se empezó a llamar áreas de recursos humanos, en la década de los 80 se desarrolló el concepto de gestión humana, concomitante con el de talento humano, corresponde a las empresas norteamericanas la denominación Gestión Humana para referirse a esta serie de procesos*”, de lo que se desprende que la expresión Gestión Humana no puede reputarse como creación de la firma demandante; pues la Gestión Humana propiamente dicha, se erige como un término de uso común y generalizado dentro del entorno empresarial, por lo que no podría ser susceptible de derechos de propiedad industrial.

Así las cosas, se procederá a determinar si las conductas desplegadas por las demandadas se adecuan a las conductas penalizadas por la ley 256 de 1996, especialmente las de **confusión, imitación, y explotación de la reputación de la demandante.**

Los argumentos esgrimidos por la sociedad demandante como situaciones generadoras de competencia desleal por actos de confusión, se fundamentan en primer lugar, en la utilización de la marca GestionHumana.com en página web de las empresas demandadas, identificada con el dominio: [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com).

En ese sentido tenemos, que la marca que la demandante registró como propia desde el año 2001, ante las autoridades competentes es: **GESTIONHUMANA.COM**, respecto de la cual también manifiesta hacer uso por medio del sitio web [www.gestionhumana.com](http://www.gestionhumana.com).

Arguye la demandante, que su marca, utilizada entre otros en el sitio web ya mencionado, guarda perfecta identidad con el nombre comercial de las empresas demandadas, así como con el dominio de internet utilizado por éstas para la promoción de sus productos, pues

<sup>3</sup> En este sentido consultar: <http://boletin.utadeo.edu.co/index.php/convocatorias/614-isabes-ustedque-es-gestion-humana>

<sup>4</sup> En este sentido consultar: [http://www.upb.edu.co/portal/page?\\_pageid=1054,32110683&\\_dad=portal](http://www.upb.edu.co/portal/page?_pageid=1054,32110683&_dad=portal)

<sup>5</sup> Folio 317. Cuaderno Principal #2

pese a que la empresas demandadas se denominan **GESTIÓN HUMANA COLOMBIA LTDA.** y **FUNDACIÓN GESTIÓN HUMANA COLOMBIA**, promocionadas mediante el sitio web: [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com), la violación de sus derechos de propiedad industrial es palmaria, toda vez que en su sentir, la expresión **“COLOMBIA”** no es sustantivo suficiente para distinguir ambas páginas web, generado así un desconcierto en los consumidores, y dando lugar a lo que denominó *“competencia parasitaria”*.

Debe decirse ante lo planteado, que no se comparte la tesis del demandante, por cuanto su marca incluye expresiones de uso común, respecto de las cuales ha dicho el Tribunal Andino de Naciones que: *“Es claro que el titular de una marca que lleve incluida una expresión de tal naturaleza (expresiones de uso común) no está facultado por la ley para impedir que terceros puedan utilizar dicha expresión, en combinación de otros elementos en la conformación de signos marcarios, siempre que el resultado sea suficientemente distintivo a fin de no crear confusión. (...)El derecho de uso exclusivo del que goza el titular de la marca, descarta que palabras necesarias o usuales pertenecientes al dominio público, puedan ser utilizadas únicamente por un titular marcario, porque al ser esos vocablos usuales, no se puede impedir que el público en general los siga utilizando.”*<sup>6</sup>

Por lo que conviene precisar que la semejanza advertida a causa de la utilización de la expresión “Gestión Humana”, por parte de las demandadas, tanto en sus razones sociales como en la página web [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com), no tiene la virtualidad de generar confusión en el contexto puntual del mercado en el que ambas partes se desenvuelven, por cuanto, como ya se explicó, dicha expresión corresponde a un aspecto común de la categoría de la administración empresarial y a expresiones descriptivas de los servicios que ofrecen las partes, consistentes en la difusión de información sobre recursos humanos; siendo así una expresión de uso común, que recrea en la mente del usuario, cliente, o consumidor final, un puntual significado conceptual, y no una asociación directa con la marca mixta y denominativa [GestionHumana.com](http://GestionHumana.com); razón por la cual se establece que pueden ser empleados por cualquier participe en el mercado, pues su uso se torna público, concluyéndose entonces que la semejanza en la denominación gestión humana, no es una similitud idónea para generar confusión en el cliente o usuario.

A igual conclusión debe arribarse en relación a la supuesta identidad que en sentir de la empresa actora se presenta entre los dominios web [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com) y [www.gestionhumana.com](http://www.gestionhumana.com), semejanza que según la sociedad demandante produce confusión entre los clientes de su empresa; tesis que no puede ser convalidada por esta Sala, pues en primera medida los dominios no son idénticos, ni mucho menos se probó que redirijan a los usuarios de un portal web hacia otro, mediante hipervínculos o elementos similares; y en segundo lugar, tal como se expresó en precedencia, la marca registrada por la actora es “GESTIÓN HUMANA.COM”, que no “GESTIÓN HUMANA” propiamente dicha, pues esta última es una expresión de uso común, exenta de apropiación por parte de los particulares y por ende, de la protección dispuesta para propiedad industrial; de suerte que, como las demandadas no están reproduciendo en su nombre comercial, ni en su dominio web la marca registrada “GESTIÓN HUMANA.COM”, sino que emplean una locución de uso común, esto es la expresión GESTIÓN HUMANA, acompañada de la palabra “COLOMBIA”; de suerte que no hay lugar a la confusión alegada, pues el cliente o usuario interesado en los respectivos servicios, al efectuar una búsqueda en internet, está en la opción de escoger, no solo entre estas dos compañías, sino entre las muchas otras

<sup>6</sup> Proceso 56 IP-2005. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.



que ofrecen servicios en el ámbito de la gestión del talento humano y organización empresarial, pudiendo escoger entre todas, la que mejor se ajuste a sus necesidades; lo que no es más que la expresión de la libre competencia; conclusión que se ratifica con lo expresado por la representante legal de la demandante ESPERANZA MARGARITA ROMERO FLECHAS, quien en la declaración de parte que rindió, expresó: *“la búsqueda que hace un usuario le arroja como resultado alternativa de ingreso a 2 sitios web y esa es la razón por la que asevero que se induce a confusión al permitir que se pueda elegir no el producto de la marca Legis sino el otro producto”* <sup>7</sup>; dicho este, que aunado a todo lo hasta aquí explicado, nos lleva a concluir que si bien la marca de la demandante fue registrada con anterioridad a la existencia de las empresas demandadas, al haber utilizado la actora expresiones de uso común para crear su marca, deberá ésta coexistir con las marcas anteriores y futuras que utilicen las mismas expresiones comunes; lo que como se dijo, hace parte de la competencia que debe soportar como partícipe del mercado, en donde confluirán múltiples ofertas de las cuales los usuarios tendrán la opción de elegir.

No puede entonces ser de recibo lo manifestado por el apoderado de la demandante, cuando hace alusión a que no es suficiente la expresión “COLOMBIA” para distinguir una marca de otra, trayendo a colación la circunstancia de que no le sería posible al consumidor diferenciar la marca Coca Cola de una llamada Coca Cola Colombia, o Panasonic de Panasonic Colombia; ejemplos que no son análogos al caso que nos convoca, pues tales marcas no provienen de la utilización de expresiones comunes, sino que son el resultado de la invención de aquellas empresas.

De todo lo expuesto, concluye la Sala que el hecho utilizar una expresión de uso común como lo es Gestión Humana, y añadirle la grafía “.com”, a fin de registrarla como una marca comercial, de uso exclusivo de quien la registra, implica que tales derechos de exclusividad se entiende aplicables sólo a la expresión exacta registrada, como en este caso lo sería “GESTIÓNHUMANA.COM”, y como es lógico, se harían extensivos a los logos e insignias comerciales que se hayan registrado para la identificación de la misma; pues ni la expresión “Gestión Humana” propiamente dicha, ni la grafía “.com”, generan por sí solas la exclusividad que aduce violentada la empresa actora; y mucho menos, la utilización de estas expresiones comunes, por parte de otras compañías, sean o no competidoras en el mismo mercado, da lugar a la protección por competencia desleal; pues las palabras utilizadas para crear la marca, son, como se ha advertido, de uso común.

Ahora bien, en cuanto a los actos desleales de imitación minuciosa y exacta consagrados en el artículo 14 de la Ley 256 de 1996, arguye la demandante que esta se presenta al promocionar la enjuiciada en su página web servicios parecidos a los ofrecidos por ella en su portal de internet; respecto de lo cual huelga decir que la Superintendencia de Industria y Comercio, ha manifestado que: *“en los actos de engaño e imitación, el error y la imitación se circunscriben a la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos y se proyecta sobre la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimientos, así como también sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material)”*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Folio 77. Despacho Comisorio

<sup>8</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia T-849-11-2012

Considera esta Sala que no concurren en esta pretensión los requisitos para que se produzca la imitación, pues lo que reprocha la ley es la imitación que genera confusión, de donde se deriva que lo que no se puede hacer es ofrecer el producto de tal forma que el usuario no sepa que se trata de un producto diferente al ofrecido por otro competidor, es decir, que el producto sea ofrecido de tal forma, que el consumidor final lo adquiriera pensando que proviene de un fabricante de prestigio, cuando en realidad se trata de una imitación; y en el caso que nos convoca, puede decirse sin ambages que del acervo probatorio no se puede inferir que las demandadas hubiesen copiado o imitado algún producto desarrollado por la actora; pues debe entenderse que la similitud en los servicios y productos prestados obedece a que ambas partes desarrollan objetos sociales parecidos, y dirigidos a un público específico; siendo del caso resaltar, que por el hecho de ofrecer productos relacionados con la Gestión Empresarial de Competencias Humanas, no puede hablarse de actos de imitación, a menos que se tratase de la copia íntegra de obras sometidas a régimen de Derechos de Autor, que dicho sea de paso, según las declaraciones rendidas por las partes y las pruebas obrantes en el proceso, los libros y demás productos ofrecidos por las demandadas en su sitio web, eran productos de los cuales las representantes legales poseían los derechos de autor.

Entiéndase que decir lo contrario indicaría, que ninguna sociedad, fundación, empresario, comerciantes, entre otros, podría ofrecer en de ningún modo, productos y servicios relacionados con la gestión humana.

Finalmente, en cuanto a los actos desleales de explotación de la reputación ajena, expone la actora que la demandada se ha aprovechado del reconocimiento y reputación tanto de la marca legislación económica LEGIS S.A. como de la marca GestionHumana.com, la cual tiene el dominio la página web [www.gestionhumana.com](http://www.gestionhumana.com); sin embargo, tal aseveración no fue probada dentro de la litis, tal como lo impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; aunado a que la jurisprudencia señala que debe demostrarse que se cuenta con la reputación en el mercado, y además probar que el demandado realice una explotación indebida de la misma; factores que se echan de menos en el presente litigio, pues de las pruebas allegadas al proceso, se infiere el posicionamiento dentro del mercado de GestionHumana.com y de LEGIS S.A.<sup>9</sup>, pero dentro del mismo no se probó que la enjuiciada haya realizado en una explotación indebida de la misma, pues en la página web [www.gestionhumanacolombia.com](http://www.gestionhumanacolombia.com)<sup>10</sup> no aparecen signos distintivos de la demandante, que creen una asociación entre los productos de la recurrente y la demandante; por lo que tales pretensiones tampoco debieron prosperar.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículo 2º, 3º, 4º y 14 de la ley 256 de 1996, Artículo 177 C.P.C.

**DEMANDANTE:** Legislación Económica S.A. – Legis S.A.

**DEMANDADO:** Fundación Gestión Humana Colombia y la Sociedad Gestión Humana Colombia Ltda

**FECHA:** Agosto 5 de 2014

**RADICACIÓN:** 08-001-31-03-003-2009-00082-01/**37.480**

**DECISIÓN:** Revoca decisión de primera instancia. Ordena levantamiento de medida cautelar. Condena en perjuicios.

<sup>9</sup> Folio 502. Cuaderno 1, Despacho Comisorio #011

<sup>10</sup> Folios 14 al 20. Cuaderno Principal

**PROCESO EJECUTIVO**-Derivado de la presentación de facturas por siniestros SOAT/**LEGISLACIÓN APLICABLE**-No es posible utilizar para el cobro de estas pólizas de seguro las normas que van dirigidas a las entidades promotoras de salud/**TÍTULO COMPLEJO**-No basta con que las IPS beneficiarias presente la factura de cobro sino que acompañar los documentos que acrediten la existencia y cuantía del siniestro respectivo

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES**

**Causa Fáctica:** En el presente asunto, se estudia la exigibilidad de títulos ejecutivos derivados de la prestación de servicios de la póliza SOAT, y los requisitos que la legislación aplicable exige para hacer que estos documentos resulten idóneos para el cobro judicial.

**Extractos:** “En el caso presente, la sociedad Instituto de Neurociencias Clínica del Sol Ltda., pretende el recaudo ejecutivo frente a la aseguradora Liberty Seguros S.A., en acumulación de pretensiones, de 1099 facturas que señala que corresponden a la venta de prestación de servicios de salud por urgencia, empero reconociendo que corresponden a siniestros del Soat (Seguro Obligatorio de Accidentes de tránsito) <sup>{véase nota11}</sup>, y limitando, ahora, en el contexto de sus memorial de interposición del recurso ante la A Quo y de alegatos de segunda instancia, su inconformidad al planteamiento que al caso presente deben aplicarse las normas de los artículos 167 y 168 de la ley 100 de 1993, las del decreto 4747 de 2007 con relación al cobro de facturas de salud a las Empresas Promotoras de Salud y las de la ley 1231 de 2008 donde la ejecutada no cumplió con su carga de objetar o rechazar dentro de los plazos señalados por las mismas los valores, indica que las facturas anexadas cumplen con los presupuestos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, transcribiendo y anexando las copias de unas providencias que en su sentir explican o respaldan sus argumentos.

En el presente caso, se aceptó iniciar el trámite del proceso y librar mandamiento de pago sin que el ejecutante aportara el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada, a pesar de que en el memorial de demanda no se explicita en forma concreta y específica el por qué se solicita dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 2° del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, donde la aseguradora demandada allegó al expediente el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, del cual puede extraerse que la sociedad demandada no es una Empresa Promotora de Salud (EPS), sino una entidad financiera del ramo de seguros <sup>{véase nota12}</sup>.

Esta naturaleza jurídica y económica de la entidad demandada y de cuáles son las actividades a las cuales puede y se dedica la misma impide aplicar a tal entidad las normas que regulan expresamente las características, funciones, obligaciones y responsabilidades de una compañía de ese tipo Empresa Promotora de Salud del sector salud. Adicionalmente a ello, si bien es cierto que las personas lesionadas en accidentes de tránsito normalmente ingresan a los centros de atención médica por las Salas de Urgencia, los servicios médicos prestados a estas personas dentro de la cobertura legalmente asignada al Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito (Soat) va más allá, de la simple e inmediata atención médica de “urgencia” <sup>{véase nota13}</sup>, algunos de los documentos allegados facturan gastos de traslado del paciente.

<sup>11</sup> Hecho 8 del memorial de demanda.

<sup>12</sup> Folios 26, 2466, 2477-2478 de “primera” parte del cuaderno principal de primera instancia.

<sup>13</sup> Artículo 193 del decreto 663 de 1993. “Aspectos Especificos relativos a la Póliza.

**1. Coberturas y cuantías.** La póliza incluirá las siguientes coberturas:

Si se observan los textos de los artículos 167 (parágrafo 1º) y 168 de la ley 100 de 1993, se advierte que el primero hace relación a las atenciones médicas y demás prestaciones derivadas de la existencia de una cobertura de Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito frente a los eventos de esa específica naturaleza indicando que los gastos de su atención corresponden a las compañías de seguros que expiden las pólizas correspondientes y el segundo que habla de mera atención de “urgencia” (con base en cualquier tipo de acontecimiento), indica que esos pagos corresponden a la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado el paciente:

“ARTICULO 167. RIESGOS CATASTROFICOS Y ACCIDENTES DE TRANSITO. En los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial. El Fondo de Solidaridad y Garantía pagará directamente a la Institución que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los criterios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARAGRAFO 1o. En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta Ley.”

“ARTICULO 168. ATENCION INICIAL DE URGENCIAS. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.”

Por su parte el referido decreto 4747 de 2007, (*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones*) para reglamentar el ámbito de su aplicación señala:

“Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto regular algunos aspectos de la relación entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo.

Artículo 3. Definiciones. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

- 
- a. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones con una indemnización máxima de quinientas (500) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente;
  - b. Incapacidad permanente, entendiéndose por tal la prevista en los artículos 209 y 211 del Código Sustantivo del Trabajo, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, a la cual se le aplicarán los porcentajes contenidos en las tablas respectivas;
  - c. Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de éste, en cuantía equivalente a seiscientos (600) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente;
  - d. Gastos Funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en la letra anterior, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, y
  - e. Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud, en cuantía equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.”
- posteriormente al tenor de este artículo del año 1993, se han expedido otras normas que han ido variando las coberturas y sus topes máximos.

- a. Prestadores de servicios de salud: Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados.
- b. Entidades responsables del pago de servicios de salud: Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas <sup>{véase nota14}</sup> y las administradoras de riesgos profesionales.”

En ese orden de ideas no siendo la entidad aseguradora ejecutada una “Entidad responsable del pago de servicios de salud” y al no tratarse de cualquier tipo de prestación de servicios de urgencia, sino el reclamo a una aseguradora de los costos generados por la cobertura de las pólizas de Soat expedidas por esta, no puede aplicarse a la misma y por ende a la presente controversia las normas especiales que regulan a cargo de las Empresas Promotoras de Salud el pago de las cuentas presentadas por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por la atención de emergencias dentro del marco general de la Seguridad Social en Salud, sino las normas especiales que regulan tal actividad dentro del marco específico del régimen del Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito, especialmente las establecidas en los artículos 192 a 200 del decreto 663 de 1993 y de las normas posteriores que las hubieran modificado o adicionado tal disposición, complementados sus vacíos con “las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio y por este Estatuto”, como lo señala el numeral 4° del referido artículo 192 de ese Estatuto Financiero.

Por ello, tampoco, son aplicables al caso concreto, las normas de la ley 1231 de 2008 dentro del Código de Comercio puesto que ellas son de carácter general y se aplican a las ventas y servicios que no tengan una norma especial que los regule, ni los criterios que aparecen en las providencias allegadas en y con los memoriales de sustentación que se fundamentan en que los casos allí estudiados se tratan de servicios de salud prestados en situaciones de urgencias.

Por lo que no es del caso el entrar a averiguar si la aseguradora no devolvió las facturas o no formuló cartas escrita de rechazo o de glosas dentro de los plazos establecidos por la ley 1231 de 2008 o por el decreto 4747 de 2007.

A las fechas en que se elaboraron las facturas allegadas al expediente se encontraba vigente, la modificación implementada al decreto 663 de 1993 por el decreto 3990 de 2007, siendo ésta una norma especial para lo referente al Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito, (Por el cual se reglamenta la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, se establecen las condiciones de operación del aseguramiento de los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas, las

---

<sup>14</sup> Se entiende por “entidad adaptada” de conformidad con lo establecido en el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 y el decreto 1890 de 1995 “De Las Cajas, Fondos y Entidades de Seguridad Social del Sector Público, Empresas y Entidades Públicas. Las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley presten servicios de salud o amparen a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad, tendrán dos años para transformarse en empresas promotoras de salud, adaptarse al nuevo sistema o para efectuar su liquidación, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.”



condiciones generales del seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat, y se dictan otras disposiciones).

Al analizar dichas disposiciones se advierte que en ellas se reitera la naturaleza de contrato de seguro del Soat, explicitando que a las mismas se aplican las reglas generales de este tipo de contratos con relación a las “reclamaciones” que deben efectuar las personas que se consideren beneficiarias de sus prestaciones, que documentos deben ser anexadas a tales reclamaciones y que condiciones las mismas podrán prestar mérito ejecutivo.

Así el literal a) del numeral 1° “Beneficiarios” vn<sup>15</sup> del artículo 1° de ese decreto “Definiciones” señala que las IPS que han prestado los servicios médicos a las víctimas de los accidentes de tránsito adquieren frente a la aseguradora la calidad de beneficiarias para reclamar los valores de esos servicios.

Los artículos 3° y 4° del mismo regula la necesidad de los formalismos y documentos anexos, que entre otras personas, las IPS que se consideran beneficiarias deben presentar para “reclamar” la indemnización correspondiente, donde no basta el mero elaborar de una factura de cobro sino el anexo de una serie de documentos que acrediten la existencia y cuantía del siniestro correspondiente, indicando:

“Quienes cuenten con acción para reclamar deberán presentar la reclamación en los formularios establecidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social, acompañados, según sea el amparo afectado, de los anexos señalados más adelante”

**Artículo 4°. Reclamación.** Las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso”

En ese orden de ideas, para pretender el recaudo ejecutivo de las indemnizaciones a que considera tener derecho la ejecutante por la prestación de servicios médicos a personas accidentadas cubiertas por pólizas del Soat, le correspondía a la IPS demandante el acreditar que en forma oportuna presentó a la aseguradora la “reclamación” correspondiente, con el acompañamiento de todos los documentos necesarios para acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía y el indicar que habían vencido los términos correspondiente para objetarlas, para generar un título ejecutivo de acuerdo a las reglamentaciones del contrato de seguro, en lugar de pretender cubrir tal carga con las meras facturas expedidas unilateralmente por ella invocando unas normas jurídicas que no son aplicables al presente asunto.

Siendo ello que genera el reconocimiento de la excepción que la aseguradora denominó “Ausencia de Exigibilidad del Título Ejecutivo” frente a todas y cada una de las facturas acompañadas a este expediente, y siendo ello suficiente para no ordenar seguir adelante la ejecución considera esta Sala de Decisión que es inconducente entrar al análisis de la otra excepción de “Pago Parcial”, razón por la cual se modificara, en lo pertinente, la sentencia de primera instancia.”

---

<sup>15</sup> “Es la persona natural o jurídica que acredite su derecho para obtener el pago de la indemnización, de acuerdo con las coberturas otorgadas en la póliza o establecidas en la ley,”

**NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene aclaración de voto del Honorable Magistrado Diego Omar Pérez Salas, a continuación los argumentos expuestos:**

“Esas argumentaciones que se usan por la Sala mayoritaria para la referida decisión de acoger la excepción de no exigibilidad del título ejecutivo, no las comparto, por lo siguiente:

Aquí, en rigor, observo que las partes litigantes están de acuerdo, según el contenido de la llamada acta de depuración de cartera de 13 de mayo de 2011, en que buena parte de la facturación presentada como recaudo ejecutivo – sin especificar ni identificar por fechas y valores – fue cancelada por la aseguradora demandada (\$295.852.454), que otra parte de la misma facturación – de las 1099 facturas – fue glosada por la aseguradora demandada (\$176.684.375), sin saberse probatoriamente la suerte o resultado o respuesta de tales glosas, que son notas explicativas del no pago completo de una factura o cuenta de cobro en general.

Puesta así las cosas, para el suscrito, es claro que, si bien es cierto la facturas presentadas – en principio – prestan mérito ejecutivo en los términos del decreto 3990 de 2007, y por lo mismo, no comparto la afirmación de la Sala mayoritaria, según la cual, ninguna de las facturas acompañadas al expediente prestan mérito ejecutivo, o, como se dice todas y cada una de las facturas adolecen de ausencia de exigibilidad del título ejecutivo, puesto que como se infiere del acta de depuración de cartera, tal facturación si fue sometida al proceso de reclamación reglado en el artículo 4 del memorado decreto 3990 de 2007, empero, buena parte de las mismas fueron objeto de glosas por la aseguradora demandada, sin conocerse probatoriamente el resultado final de ese proceso de reclamación.

En otros términos: el valor a cargo de la aseguradora demandada, que se admite por la parte actora en cuantía de \$186.279.183, estaría representado en un conjunto de facturas – sin especificar ni identificar por valores y fechas – que fueron glosadas por la aseguradora demandada en la fase de reclamación prevista en el artículo 4 del decreto 3990 de 2007, sin que en el expediente se tenga noticia probatoria sobre la suerte final de tales glosas, vale decir, si fueron explicadas o no por la demandante, o, si en su caso, tales facturas glosadas fueron objetadas por la aseguradora, en los términos y oportunidades que señala la ley 1438 de 2011, artículo 57 , y por lo mismo, para el suscrito Magistrado es claro que la ausencia de exigibilidad no puede predicarse, como dice la sentencia, de todas y cada una de las facturas acompañadas al expediente, sino tan sólo de aquellas facturas que se repite fueron glosadas por la demandada, cuya cuantía, asciende, según la parte actora a \$ 186.279.183, con el agregado cierto de no conocerse con precisión cuales fueron las facturas objeto de glosas, del conjunto total de las presentadas como recaudo ejecutivo, y por este camino se arriba a la incertidumbre en punto de la exigibilidad de la obligación dineraria por la cuantía últimamente apuntada, reflejada o representada en documentos glosados por la deudora demandada.

En estas condiciones aclaro mi voto a la sentencia mayoritaria, puesto que en suma, no es cierto que la excepción acogida pueda predicarse de la totalidad de la facturación acompañada con la demanda, más aun sabiéndose que buena parte de aquella facturación fue cancelada por la demandada, y, de otro lado, aclaro el voto, puesto que el problema de la ausencia de exigibilidad deviene precisamente de la incertidumbre sobre la exigibilidad de facturas por valor de \$ 186.279.183, que fueron glosadas en su mayoría por la demandada, según se admite por el apoderado de la parte actora en su escrito de réplica a las excepciones de fondo, radicado el 30 de agosto de 2011 (folios 3822 a 3828 parte 7), sin conocerse probatoriamente se repite la suerte o resultado final de las glosas a la facturación y por tanto, es claro que en tales condiciones no prestan mérito ejecutivo por falta de certeza sobre las cantidades adeudadas reflejadas en las facturas objeto de glosas por la aseguradora demandada.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículos 167 y 168 de la Ley 100 de 1993, Decreto 4747 de 2007, Ley 1231 de 2008, Artículo 488 C.P.C., Numeral 2º Artículo 78 C.P.C., Decreto 663 de 1993: Artículos 192 a 200 y Decreto 3990 de 2007

**DEMANDANTE:** Instituto de Neurociencias Clínicas Del Sol Ltda

**DEMANDADO:** Liberty Seguros S.A.

**FECHA:** Agosto 20 de 2014

**RADICACIÓN:** 08-001-31-03-007-2011-00038-01/**37.657**

**DECISIÓN:** Modifica Providencia De Primera Instancia.

---

## 2. SALA LABORAL

**EXCEPCIÓN PREVIA DE COSA JUZGADA**-Casos en que es posible diferir su resolución al momento de dictar sentencia/Validez de un acta de conciliación celebrada entre las partes/**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA**-Es deber del juzgador realizar esta labor para determinar si es viable que esta excepción deba decidirse como previa o de fondo

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA:** Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

**Causa fáctica:** En el presente caso, la parte actora pretende la declaratoria de invalidez de un acta de conciliación que estima no consulta su real consentimiento, razón por la cual las demandadas proponen la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, en razón de las pretensiones que tiene la demanda el Tribunal considera que esta excepción propuesta como previa deberá resolverse al momento de dictar sentencia.

**Extractos:** “Para resolver el problema jurídico, sea lo primero señalar, que el artículo 32 del C.P.T.S.S. modificado por la Ley 1149 de 2.007 en su artículo 1º, que regula el trámite de las excepciones en el proceso laboral, señala que podrá proponerse como previa la excepción de cosa juzgada y decidirse sobre ella en la audiencia del artículo 77 del C.P.T.S.S.<sup>16</sup>.

De lo anterior, se tiene que en materia laboral la excepción de mérito de cosa juzgada, puede estudiarse como previa, sin embargo, no es dable desatender que esta excepción y la de prescripción sólo podrán definirse como previas cuando no exista discusión sobre los supuestos básicos en que se soportan las pretensiones, pues de lo contrario, una sana

---

<sup>16</sup>Sobre la excepción previa de cosa juzgada en el proceso laboral, la Corte Constitucional en la sentencia C-820 de 2.011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expresó:

*“Tal es el caso de las excepciones de prescripción y **cosa juzgada**, las cuales de conformidad con el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo, **podrán proponerse por el demandado como previas durante la primera audiencia, y ser resueltas en la misma.**(...)”*

(...)

***En el caso de la cosa juzgada, la verificación se contrae a contrastar objetivamente el contenido de una decisión o actuación anterior que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada, a fin de establecer si las partes, el objeto y la causa presentan identidad con los mismos elementos del proceso actual, a fin de declarar la autoridad emanada de la existencia de dicho fenómeno. De modo que resulta razonable y compatible con el orden justo que promueve la Constitución, anticipar una decisión que protege a las partes de un nuevo juicio y una nueva sentencia sobre la misma materia, desplegando sobre la actuación actual las funciones positivas y negativas que se atribuyen al instituto de la cosa juzgada como son las de prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. Pugnaría con el interés del Estado en promover la seguridad jurídica y la estabilidad de los derechos, el permitir que un proceso avanzara hasta su culminación, no obstante hallarse plenamente acreditada la estructuración del fenómeno de la prescripción liberatoria, o de la cosa juzgada”.***

lógica nos lleva a concluir que deben calificarse su procedencia y efectividad en el fallo, luego de surtidas las formas propias de la instancia, momento procesal en que se debe resolver sobre el litigio planteado.

Examinado el libelo de demanda con base en una interpretación integral, se tiene que el actor en el presente proceso lo que pretende es: **“la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con las demandadas desde el 14 de agosto de 2.003 hasta el 18 de noviembre de 2.011**, así como el pago de indemnización por despido injusto, primas extralegales, vacaciones extralegales, reliquidación de prestaciones sociales por la no inclusión de factores salariales, salarios moratorios, indexación y cotizaciones pendientes por pagar al fondo de pensiones que resulten probadas”, bajo el sustento de que el acta de conciliación No 10921 adolece de los siguientes defectos: **1)** que no dice el nombre del Inspector de Trabajo y **2)** que lo hizo renunciar a todos los derechos que tenía hasta ese momento, según se extrae de los hechos trigésimo sexto a cuatrigésimo del libelo incoatorio, alegando a su vez a lo largo del mismo, que hubo una contratación irregular por violación a la Ley 50 de 1.990 debido a que durante el período comprendido entre el 19 de septiembre de 2.001 a octubre 17 de 2.007, laboró en la demandada Saint Gobain Sekurit de Colombia S.A. en calidad de trabajador suministrado por las empresas de servicios temporales Activos S.A. y Serviola S.A., y también porque fue despedido sin justa causa, sin que se le pagaran la debida indemnización, al igual que las primas y vacaciones extralegales frente al contrato de trabajo que suscribió con Saint Gobain Sekurit de Colombia S.A. desde el 13 de noviembre de 2.007 hasta el 18 de noviembre de 2.011.

Los anteriores supuestos frente al acta de conciliación fueron negados por la parte demandada, la cual también se opuso a que se declararan, conforme se denota de la contestación del libelo incoatorio, circunstancia que pone de presente que dicha controversia debe indefectiblemente resolverse al momento de dictar sentencia y no como erradamente lo concluyó el A-quo de manera previa dado que existe indefinición sobre la validez o invalidez del acta que contiene la conciliación celebrada por las partes y que sería el soporte probatorio para declararla probada.

Refuerza lo anterior, que durante la audiencia del 6 de noviembre de 2.013, la apoderada judicial del demandante al momento de descorrer el traslado de las excepciones previas, y en especial la de cosa juzgada, arguyó insistentemente que: *“solicito respetuosamente no darle prosperidad a la excepción de cosa juzgada por cuanto no se predica de un contrato laboral que suscribió mi poderdante por más de 7 años entre Saint Gobain Sekurit Colombia y Activos S.A., si las demandadas están proponiendo la excepción previa de cosa juzgada con respecto a la conciliación suscrita ante el Ministerio de la Protección Social, **le solicitó no proceder de conformidad hasta que el Ministerio de la Protección Social no aporte a este proceso la audiencia de conciliación que se solicita en la inspección judicial...y yo estoy solicitando que hasta que no se tenga la constancia del acta de conciliación enviada por el Ministerio y el Inspector que la suscribió, porque no lo dice, no se proceda a decidir la excepción...que el Ministerio nos certifique quien fue el Inspector...**, por lo que se trata en el proceso de cuestionar el acta de conciliación...”*<sup>17</sup>, lo cual fue inexplicablemente inadvertido por el A-quo, quien bajo un criterio rigorista extremo consideró que la demanda en ningún momento cuestionó la mencionada acta de conciliación, sacrificando así el derecho sustancial y quebrantando los

<sup>17</sup> Audiencia del 6 de noviembre de 2.013 9:01-11:55m del CD.

derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la parte actora debido a que omitió su deber de interpretar la demanda de manera integral.

Al respecto, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **del 14 de enero de 2012, Rad. 39819** M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego en la que expresó:

“ (...)

*Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, **está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.***

(...)

*La nueva intención legislativa procesal pone de presente que en materia de los llamados presupuestos procesales, especialmente el denominado como la demanda en forma, ya no es un asunto que corresponde al juzgador dirimirlo en la sentencia que ponga fin a la instancia, pues para este momento procesal ya debe estar satisfecho, bien porque el juez al estudiar la demanda la inadmitió y el interesado corrigió las deficiencias formales de que adolecía, ora porque la parte demandada propuso la correspondiente excepción previa –como ocurrió en este caso y le fue resuelta desfavorablemente–, o ya porque el juez, en desarrollo de las nuevas facultades, adoptó las medidas de saneamiento pertinentes en orden a evitar las nulidades y las inhibiciones.*

*Cuando lo dicho antes ocurre y el proceso se encuentra para proferir sentencia, ésta, como ya se dijo, necesariamente debe ser de fondo. Y toda esa actuación, para corresponder con la actual tendencia legislativa, debe ser respetada por el Superior cuando el proceso llegue a su conocimiento por apelación o por consulta. De lo contrario, la reforma sería inocua y sin efecto práctico, contrariando el claro e inequívoco querer del legislador, sobre todo cuando se pregona no sólo normativamente (Art.4 CPC), sino doctrinariamente que al interpretar la ley de procedimiento, el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, inspiración que se consagra en el artículo 228 de la Carta Política. (...)*

<Negrilla y subraya para resaltar>

Luego, si existe controversia sobre la validez de una conciliación, no puede el Juez de la causa sin definir este tópico, que es cuestión de fondo, entrar a resolver a priori reconociendo plenos efectos jurídicos a un acuerdo que precisamente se encuentra cuestionado acerca de su validez, máxime cuando no hay prueba de haberse adelantado y definido un juicio al respecto, por lo tanto, se impone revocar el auto apelado, para en su lugar: “DIFERIR la resolución de la excepción de cosa juzgada para el momento de dictar sentencia, y en consecuencia, prosígase con el trámite del proceso”.



**NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene aclaración de voto formulada por el Dr. Vicente De Santis Caballero, a continuación los argumentos expuestos:**

“He sido del criterio de que con base en la Ley 712 de 2001, la cosa juzgada propuesta como excepción debe ser fallada como previa, precisamente, porque lo que se planteó en la reforma, era aligerar el procedimiento, más sin embargo, en este caso tengo que mostrarme de acuerdo con la decisión que se adopta, en cuanto y tanto, como se dice en la decisión, hecha una interpretación de la demanda se deduce que se está cuestionando la validez del acta de conciliación, eventos en los cuales hemos determinado, como lo dice la providencia, él que ella debe diferirse a la sentencia a efectos de encontrar mayores elementos de juicio que permitan estudiar el asunto de una mejor manera.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículos 32, modificado por la Ley 1149 de 2007, y 77 del C.P.T.S.S. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de 14 de Enero de 2012. M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

**FECHA:** Agosto 20 de 2014

**DEMANDANTE:** Luis Alberto Silva Jiménez

**DEMANDADO:** Saint Gobain Sekurit de Colombia y Activos S.A.

**RADICACIÓN:** 08-001-31-05-002-2012-00275-01/**50.919-C**

**DECISIÓN:** Revoca auto apelado.

---

**FUERO SINDICAL**-Garantía que sólo se predica de las actividades económicas específicas consagradas por el legislador/**ABUSO DEL DERECHO**-Se predica cuando el trabajador desarrolla actos abusivos que contraviene con la finalidad de la protección foral /**INDEBIDA CONSTITUCIÓN DE ORGANIZACIÓN SINDICAL** -Se presenta al formarse un sindicato que persigue intereses particulares, o por fuera del ramo económico respectivo, para recibir beneficios del fuero sindical

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO**

**Causa Fáctica:** En el presente caso, la parte actora manifiesta que al momento de su despido se encontraba amparada con garantía foral como miembro activa de la junta directiva del Sindicato de industria “SINTRAPUPRIVADO”, razón por la cual solicita que se ordene su reintegro y el pago de todos los emolumentos laborales con ocasión del retiro.

**Extractos:** “Viene probado en el proceso que la demandante laboró para el demandado a través de un contrato de trabajo a partir del 01 de julio de 2005<sup>18</sup>. Que mediante epístola del 28 de mayo de 2013 el empleador dio por terminado tal contrato a partir de esa calenda, con el pago de la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales y de una indemnización de 30 días<sup>19</sup>. Que en Asamblea del día 17 de mayo de 2012 fue fundado el Sindicato de industria “SINTRAPUPRIVADO”, siendo elegida la demandante como Vicepresidenta de la Junta Directiva<sup>20</sup>. Que dicha Organización Sindical fue inscrita el 29 de junio de 2012 ante el Inspector de Trabajo Dirección Territorial de Atlántico, junto con el depósito de sus estatutos y su junta directiva<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Hecho 1° aceptado y según consta en el contrato a fl. 17 y 83

<sup>19</sup> Fls. 14-15 y 32, y también a fls. 84 a 87 aportados por el demandado

<sup>20</sup> Fls. 33 a 38

<sup>21</sup> Fls. 6 a 13

Pues bien, el artículo 39 de la Constitución Nacional establece que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado, y que su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. En concordancia con esto, reseña el Convenio 87 de la OIT - “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, artículo 2º, lo siguiente:

“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Dentro de éste contexto, la misma Constitución y la ley, con ánimo de salvaguardar el ejercicio del derecho de asociación, han establecido una serie de mecanismos de protección entre los cuales se encuentra el “fuero sindical” (art. 405 C.S.T.), consistente en la garantía de estabilidad en el empleo y de inmodificabilidad de las condiciones de trabajo otorgada a ciertos trabajadores en razón de sus actividades sindicales y con relación a sus respectivos patronos, garantía que subsiste mientras no sea levantada por el Juez del Trabajo, o mientras no sobrevenga alguno de los hechos o motivos legales en virtud de los cuales cesa o se extingue.

Desde tiempo atrás la Corte Suprema ha sostenido que el despido, desmejora o traslado de trabajadores amparados con el fuero sindical sólo procede mediante la acción de levantamiento que el empleador promueva ante el juez a través de un proceso especial e invocando justa causa para ello. En el caso que no ocurra así y, por el contrario, se despida, desmejore o traslade sin permiso del juez del trabajo, el trabajador aforado tiene derecho a instaurar acción de reintegro o de restitución < según sea el caso > ante el mismo juez dentro de los dos meses siguientes al despido, desmejora o traslado. Si en el proceso se llega a demostrar que fue despedido, desmejorado o trasladado sin justa causa, debe ordenarse su reintegro o restitución, así como el pago de los salarios dejados de percibir o las diferencias salariales existentes a título de indemnización.

De igual manera, no se puede desatender que conforme al artículo 364 del C.S.T., subrogado por el artículo 44 de la Ley 50 de 1.990, las organizaciones sindicales “... por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea que las constituyan, gozan de personería jurídica”, lo cual implica que su existencia no está supeditada a su inscripción en el Ministerio del Trabajo, tal como también lo ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional en sentencias como la T-1317 de 2005.

Por su parte, el artículo 406 del CST, subrogado por el artículo 57 de la ley 50 de 1990, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000, establece que gozan de fuero sindical, entre otros, los miembros de la Junta Directiva y Subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos. Igualmente, el parágrafo 2º del mismo establece que para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

Bien, no cabe duda de la fundación del sindicato de industria denominado SINDICATO DE TRABAJADORES PÚBLICOS Y PRIVADOS “SINTRAPUPRIVADO”, así como de la inscripción en el Registro Sindical del Acta de Fundación, Junta Directiva y los Estatutos, al igual que la demandante es miembro de la Junta Directiva ocupando el cargo de Vicepresidente, siendo motivos de discrepancia la comunicación al empleador de tal

elección, la cual se abordará más adelante si fuere el caso. Igualmente no se discute la vinculación laboral de las partes ni sus extremos (01 de julio de 2005 a 28 de mayo de 2013), sí siéndolo la modalidad del mismo, y si su terminación fue por vencimiento del término pactado o un despido injusto, como se alega, que también se tocará más adelante si llegara el caso.

Entonces, lo que surge como discusión inicial, dado el inconformismo del demandado en que tal sindicato es externo y ajeno a él, que nunca ha ejercido los actos propios de una organización sindical, y que la demandante se afilió con el único propósito de ampararse de la garantía foral a fin que no se le diera por terminado el contrato laboral que los unía, es la de determinar la clasificación y qué se entiende por Sindicato de Industria, para luego establecer si la entidad para la cual laboraba la trabajadora demandante ejerce la misma actividad económica o se encuentra dentro de la misma rama de actividad.

Al respecto, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B" del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de junio de 2007, rad. N° 3846-03, señaló lo que a continuación nos permitimos citar:

"(...)

"El derecho sindical no es absoluto y ello significa que sobre aquél recae la inspección y vigilancia del Estado con el fin que se cumplan los cometidos y no se violen las normas que regulan el desarrollo de dicho derecho constitucional.

Dentro del plenario, se tiene que la causa predominante para negar la inscripción en el registro, obedeció que ASOTRAL, se constituyó como un sindicato de industria o por rama de actividad económica y que dentro de las empresas para las cuales laboraban los trabajadores miembros del sindicato, se encontraba una que no ejercía las mismas actividades ni desarrollaba negocios dentro de la misma rama económica, por lo que no se podía integrar la actividad de producción o industrial con la actividad de distribución.

En aras a resolver este planteamiento la Sala se ocupara de determinar qué se entiende por Sindicato de Industria y posteriormente determinará las diferentes actividades o ramas económicas con el fin de establecer si las empresas para las cuales laboraban los trabajadores ejercen la misma actividad económica y se encuentran dentro de la misma rama.

*El artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo clasificó a los sindicatos en de Empresa, Industria o por rama de actividad económica, Gremiales y de Oficios Varios, para el caso objeto de estudio, será analizada la clasificación de los sindicatos de industria.*

*Los sindicatos de industria o por rama de actividad económica, están conformados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.*

En razón a lo anterior, es necesario estudiar si las empresas a las que pertenecen los trabajadores miembros de ASOTRAL, desarrollan la misma actividad o pertenecen a la misma rama económica.

Respecto de la Empresa Eficiencia y Servicios S.A., el objeto social consiste en prestar servicios de publicidad, estudios de mercadeo, aseo y mantenimiento, distribución de productos terminados, por lo que el desarrollo empresarial de dicha empresa gira en torno a la prestación de servicios, dentro de los cuales está el de distribuir, productos elaborados por las otras empresas en las cuales trabajan los demás miembros del sindicato.

En lo atinente a Panamco S.A., Alpina S.A. y Nacional de Chocolates, se puede observar según certificaciones de existencia y representación legal, que sus actividades principales son la producción de productos alimenticios; es decir dichas empresas se encuentran dentro de la actividad industrial, a la cual no pertenece la Empresa Eficiencia y Servicios. En este orden de ideas, se infiere del artículo 356 del C.S.T., que los miembros del sindicato ASOTRAL, deben trabajar en empresas que desarrollen la misma actividad en el mismo ramo económico y por ello bajo el pretexto del derecho sindical, no es dable agrupar en una organización sindical, trabajadores que laboren en empresas sin afinidad de actividades y de sector.

Acorde con lo precedente, el Ministerio de la Protección Social, al proferir los actos administrativos demandados, negó la inscripción en el registro sindical, toda vez que los estatutos de ASOTRAL, son contrarios a la Ley, por cuanto no cumplen con el requisito mínimo de vincular trabajadores de empresas del mismo sector.

Si bien es cierto el derecho de asociación es un derecho constitucional, no puede entenderse como lo hace ver el actor, como un derecho absoluto.

En conclusión no se encuentra irregularidad alguna en las actuaciones proferidas por el Ministerio de la Protección Social, toda vez que los actos demandados fueron proferidos en ejercicio de las atribuciones legales que le competen.”  
(Énfasis no pertenece al texto original)

En virtud del anterior precedente, es del caso determinar cuál es el objeto social del EDIFICIO TERMINAL DE TRANSPORTES DE BARRANQUILLA para establecer si desarrolla la misma actividad económica o pertenece a la misma rama y, posteriormente, fijar si era posible la asociación de la demandante.

Pues bien, según el Registro de Existencia y Representación Legal a fl. 39, el Edificio demandado se encuentra inscrito como propiedad horizontal en el Registro de Propiedad Horizontal del municipio de Soledad, bajo una administración y representación legal.

Por otro lado, la Ley 675 del 03 de agosto de 2001 que fija el régimen de propiedad horizontal, en su artículo 1° señala como objeto de la misma regular el dominio de la propiedad horizontal “... en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad.”. Así mismo, a la luz de su artículo 32, el objeto de la personería jurídica de la propiedad horizontal es la de administrar los bienes y servicios comunes, atender los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y velar por el cumplimiento de la ley y el reglamento de propiedad horizontal.

Ahora, no se puede decir lo mismo frente a la naturaleza u objeto de quienes conforman el sindicato de industria denominado SINTRAPUPRIVADO, pues de lo poco que obra en el expediente y de lo que se extrae de los Estatutos de dicha organización sindical, es que son trabajadores del sector público y privado “... con la misma actividad, servir, desarrollar funciones al servicio de los ciudadanos colombianos...”<sup>22</sup>, sin que se desprenda a cuál actividad económica específica se refiere, o que sea la propia o semejante a la que despliega el EDIFICIO TERMINAL DE TRANSPORTE DE BARRANQUILLA que, como se dijo, es la de administrar los bienes y servicios comunes o de interés común de los propietarios de bienes privados; es más, pareciera que se desdibujara la clasificación de industria dada a

<sup>22</sup> Cap. 1°, art. 1° de los Estatutos del sindicato, fl. 18

la organización sindical, pues no se vislumbra que los trabajadores asociados se encontraran dentro de una actividad industrial o empresas o entidades del mismo ramo económico que, a nuestro modo de ver, se generaliza en sus Estatutos, entendiéndose a tal punto que encerraría cualquier trabajador privado y público indistintamente de la actividad en que se desarrollaran, como se advierte en el acta de Asamblea de fundación y constitución del sindicato donde casi todos sus miembros fundadores laboran para la ALCALDÍA DISTRITAL y PROMOCENTRO S.A., excepto una miembro (la número 27) que lo hace para la GOBERNACIÓN y la actora para la TERMINAL DE TRANSPORTES [sic]<sup>23</sup>, sin que se discriminara, se itera, la actividad industrial o ramo económico que se despliega. No obstante, esto último no es resorte de esta jurisdicción.

Pero lo que sí es evidente, es que el objeto social desarrollado por el Edificio demandado no encuadra en la clasificación provista en el mencionado art. 356 del C.S.T. que le permitía a la demandante agremiarse en virtud de la misma actividad desarrollada por los empleadores de los demás trabajadores asociados, lo que trae (ría) como consecuencia que no pudiere gozar de la protección foral de la que hacía gala al romperse el vínculo contractual laboral, pues son hechos constitutivos de lo que es conocido como “abuso del derecho” buscando como propósito la estabilidad laboral, en la medida que si al constituirse un sindicato se demuestra que opera el fenómeno del interés particular, utilizando los beneficios del fuero sindical para ello, se pone de manifiesto una actuación abusiva que contraviene con la finalidad de la protección foral, careciendo de fundamento jurídico tal protección<sup>24</sup>.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículo 39 Constitución Política, Artículo 2° de la Convención 87 OIT “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, Artículos 356,364, 405 y 406 C.S.T. Corte Constitucional, Sentencia T-1317 de 2005, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 28 de junio de 2007, rad: 3846-03, Ley 675 de 2001, artículos 1° y 32.

**DEMANDANTE:** Sandra Virginia Orozco Mercado

**DEMANDADO:** Edificio Terminal de Transporte de Barranquilla

**FECHA:** Julio 9 de 2014

**RADICACIÓN:** 08-758-31-03-002-2013-00292-01/51270-F-A

**DECISIÓN:** Revoca decisión de primera instancia.

---

### 3. SALA PENAL

**ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE EDAD**-Materialidad de la conducta/Delito de mera conducta/**PRINCIPIO DE SELECCIÓN PROBATORIA**-El Juez no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas las pruebas, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia pues de lo contrario ésta devendría en interminable/**TESTIMONIO DE MENORES VÍCTIMAS**-No se le resta credibilidad ni por su edad, ni por detalles que inalteren la consumación de la conducta del sujeto agente

---

<sup>23</sup> Fl. 33

<sup>24</sup> En ese sentido lo trató la sentencia T-215 de 2006 de la Corte Constitucional; igualmente sobre el abuso del derecho por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del octubre 12 de 1994.



**Causa fáctica:** En el presente caso, el procesado pretende la nulidad de todo lo actuado, inclusive, desde el escrito de acusación, mientras que la defensa técnica, pretende es que se tenga en cuenta su tesis exculpatoria y por contera se revoque la condena y se absuelva al procesado de todos los cargos.

**Extractos: “De la nulidad**

(...)

Pues bien, el mundo de reparos que hace el procesado a las veleidades o sutilezas presentadas al interior del desarrollo del *juicio oral* como que supuestamente la señora Juez, le estampa un beso en la mejilla a una de las menores víctimas, para restarle imparcialidad a la decisión condenatoria que tomara después de evacuar todas las pruebas y escuchar los alegatos conclusivos de las partes, son meros conceptos subjetivos que no comulgan con la entidad de nulitar el proceso penal, porque ni siquiera edifican aquel talante suficiente y eficiente que pudiera afectar la validez del testimonio de la menor en referencia.

Tampoco, afirma la Sala, es la oportunidad que destina el legislador procesal penal, para que puedan las partes e intervinientes fustigar tan abiertamente el escrito de acusación y mucho menos se predica el momento en el cual es viable y atendible el que este escrito de acusación se clarifique, se adicione o se corrija en lo que guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes, tal como lo pregona el procesado recurrente, porque ya esa etapa procesal feneció.

(...)

El artículo 336 de la Ley 906 de 2004, lo regula lo referente a la presentación de la acusación, al sostener que: *“El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”* Mientras que el artículo 337 ibidem, regla sobre el contenido de la acusación y documentos anexos en cinco numerales y siete ordinales perfectamente identificados.

El artículo 338 ejusdem, dispone que dentro de los tres días siguientes al recibo del escrito de acusación, el Juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación y el artículo 339 de la misma codificación procesal penal, describe los pasos que debe seguir la audiencia de formulación de acusación, dentro de los cuales obtienen las partes e intervinientes las facultades para exponer oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Es por eso que tanto doctrina como jurisprudencia penal, han preconizado que en el proceso penal colombiano, no se previó control distinto a la acusación que el escenario de la audiencia de formulación de acusación, por eso se le llama a ésta diligencia, como el estadio naturalístico para la sanidad del proceso penal, por lo que allí le correspondía al recurrente procesado, hacer todos los cuestionamientos que hoy enuncia, por lo que al no hacerlo así y en forma debida en esa oportunidad procesal mencionada, per se aborta una notable inferencia sobre la situación no irregular clamada sobre el escrito de acusación,

que permite in situ la convalidación de cualquier inquietud que tuviera sobre los hechos calificados como delitos por el fiscal y aceptados por la señora Juez, en la decisión que es objeto de cuestionamientos por la defensa material y técnica.

Basta con transcribir un trozo de la jurisprudencia penal, sobre lo que se entiende por audiencia de formulación de acusación y en especial en lo que tiene que ver con los *hechos relevantes jurídicamente* en cuanto que si la crítica que le hace el recurrente a aquellos que vierte el fiscal en el escrito de acusación, de prosperar esa admonición en su momento, de seguro que sería perfectamente aclarada, adicionada o corregida, por el representante del ente de la persecución penal, porque éste en ejercicio de su potestad constitucional y legal, siendo un acto de parte el escrito de acusación y la formulación de la acusación, él era el habilitado para enderezar cualquier falencia advertida en la audiencia de formulación de la acusación, en el ítem de los hechos, lo que de suyo hoy se torna en resquemores de tipo formal y que desde esa óptica inclusive no advirtió la fiscalía, las víctimas y la misma Juez, (...)

En cuanto tiene que ver con la supuesta negación por parte de la juez, directora del proceso penal, para que el procesado Rogelio Antonio Peña García, estuviera presente en la audiencia de juicio oral y pudiera alegar conclusivamente, ha de señalar la Sala, que esto materialmente no consta en el desarrollo de la audiencia y si no existe en el registro de audio mal se puede atender por vía de apelación, ya que se atiende lo que existe y percibieron las partes e intervinientes con todo el rigor y culto al debido proceso y derecho de defensa, cuestionamiento que esconde una alegoría de clase objetiva y subjetivamente soslayada de la realidad recaudada en la audiencia del juicio oral, la cual no es de recibo para el Tribunal, porque además esta súplica del recurrente no se encuentra dimensionada más allá de sus propias palabras y del querer estéril de mostrar una afrenta grave al debido proceso y derecho de defensa, que se repite, fueron abiertamente garantizados a lo largo del juicio oral, sin olvidar que su rechazo también lo postula la fiscalía, quien nos informa que el procesado mediante escrito solicitó no asistir a la audiencia del juicio, situación también aceptada por él mismo y que es perfectamente viable de conformidad con el inciso 1, 2 y 3 del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, que dice:

*“El Juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado”.*

(...)

### **Del recurso de apelación de la defensa técnica**

(...)

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dice textualmente que: *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*

*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia.”*

Como quiera que la defensa técnica con sus argumentos y en especial aquellos que guardan estrecha relación con irregularidades en el decurso del proceso penal, como cuando señala que en el anuncio del sentido del fallo de primer grado, la Juez afirmó que valoraría el testimonio de las menores y a ultranza valoró todo el continente probatorio y omitió valorar otros tantos medios de información que solo fueron mencionados, la Sala, le explica de manera coherente a la apelante, el que a pesar de señalarse en uno u otro

sentido por parte de la Juez, que solo valoraría determinados testimonios – víctimas – y luego realizar la valoración en conjunto de los demás medios de prueba, que a su juicio y con discrecionalidad le servirían de plinto para edificar una sentencia de raigambre condenatoria, esto es ni más ni menos que acudir al ejercicio a que se ve avocada la operadora judicial, por imperio expreso del artículo 380 de la Ley 906 de 2004, que en aparte de nuestro interés describe: *“los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas se apreciaron en conjunto...”*.

Por lo que si se mira con detenimiento el texto de la sentencia impugnada, se obtiene conclusivo que brota con nitidez el cumplimiento total de la orden dada por el artículo en referencia y por otra parte se registra irrefragable dentro del proceso suasorio de las pruebas la potestad de la Juez, para hacer un barrido o seleccionar aquellas que tengan la pertinencia, utilidad y relevancia necesaria para la solución al caso sometido a su rasero intelectual, desde luego por ser autónoma, independiente, imparcial y con mayor razón cuando se garantizó la contradicción e inmediatez en el recaudo probatorio, con todo porque tal cometido se contrasta con el principio de selección probatoria de usanza por la Corte, véase lo que dijo:

*“Tampoco es esencial para estos efectos que la decisión judicial comprenda tanto la individualización como la valoración de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, pues, como tantas veces lo ha precisado la Sala, el juzgador, en virtud del principio de selección probatoria, no está obligado a hacer un examen exhaustivo de las mismas, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, pues de lo contrario ésta devendría en interminable”<sup>25</sup>.*

La apelante dentro de su discurso inconforme nos coloca unos conceptos que trastocan las facultades de la Fiscalía General de la Nación, cuando afirma que la investigación estuvo en manos no de este ente estatal, sino de las denunciantes quienes direccionaron los objetivos y conclusiones con el fin de perjudicar al procesado, posición que a juicio del Tribunal, es esotérica y sin aceptación por la misma estructura jurídica que creó el proceso penal oral, a partir de la reforma introducida al artículo 250 de la Constitución política de Colombia, cuando faculta que: *“la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento...”* Por lo que tener como cierto las afirmaciones de la recurrente es rendirle culto a un dislate o a una inusitada conclusión profundamente extraña para la dogmática jurídica.

Persiste la recurrente igual que el procesado Rogelio Antonio Peña García, que dentro de la valoración probatoria se incurrió en falso juicio de identidad y falso juicio de existencia por omisión de valorar las pruebas y de ignorar por completo la prueba de demostraba la inocencia del encartado, para extrañamente predicar la defensa técnica que no se tuvieron en cuenta las entrevistas realizadas a las menores, cuando precisamente dentro del proceso penal oral colombiano, la prueba de referencia según las voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004: *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”* y las entrevistas son elementos materiales o evidencias físicas que sirven para orientar la investigación; pero jamás son verdaderas pruebas, simplemente porque éstas son aquellas las que se practican en la audiencia del juicio oral, como aquí ocurrió, donde las menores víctimas expusieron las razones de su dicho, en público y en presencia de la Juez, las partes e intervinientes, quienes asidos de todas las garantías bien pudieron

---

<sup>25</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2009, radicación 26631, citada en la sentencia de de 13 de julio de 2011, radicación 35389.

ejercitar la contradicción de estas versiones, de suerte que no le asiste razón a la impugnante para emitir estos conceptos infortunados.

Critica la defensa técnica situaciones invalorable por la Juez de conocimiento, tales como: (i) Que a la menor MAIM a quien se le encontró en la valoración médica un eritema moderado, porque ese hallazgo no puede tener un antecedente mayor a dos o tres días y el acusado no tuvo contacto con esa niña por encontrarse de vacaciones; (ii) Que esta es una infección que no se presentó en las demás presuntas víctimas y tampoco se demostró que el procesado la padeciera; (iii) Que esta menor se contradijo sobre el sitio o lugar donde ocurrieron los hechos, porque unas dicen en el baño de los niños y ella en el baño de las niñas; (iv) Que Angelina Martínez Meza, compañera de las pretensas víctimas menores señala que el profesor no otorgaba permisos colectivos para ir al baño y además le une el testimonio de la profesora Nurys Martínez Montes, quien habla acerca del número de estudiantes, la frecuencia con la que normalmente iban al baño y sobre la visibilidad de este recinto, para concluir que es imposible que en esas condiciones se desplegara los hechos en ese lugar sin que fuese sorprendido el protagonista principal.

Quiere el Tribunal, antes de responder a las anteriores críticas de la defensa al fallo de condena señalar que el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, fue demandado por inconstitucional y tuvo la oportunidad la Corte Constitucional, de estudiar las formas y el fondo en que el legislador en ejercicio del poder de configuración de las normas penales, consideró necesario esta descripción normativa y que obedece a una política criminal, para hacer frente a una realidad social galopante y que reviste una esmerada atención por parte del Estado, dado los plurimos atentados a la libertad, integridad y formación sexuales de las personas, que son bienes jurídicos lacerados constantemente con estas conductas reprochadas por el tejido social, fue así como nos ilustró las razones de protección de estos atributos esenciales y propios de los menores de 14 años, que sean sus palabras:

*“Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:*

*A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precocemente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social...”<sup>26</sup>*

No es cierto todo lo que se expone por parte de la defensa técnica del acusado, ya que referente a la ausencia de secuelas físicas, residuos de espermatozoides o vestigios de enfermedades venéreas en las partes pudendas del cuerpo de las menores víctimas de agresión sexual, al ausentarse tal objetividad perceptible ello no implica que las menores, no hayan sido sometidas a actos sexuales por parte del sujeto agente, todo a partir de un cabal entendimiento sobre los sucesos fácticos y también de la misma naturaleza de esta clase de delitos, que entre otras cosas es de aquellos de mera conducta, lo cual presupone

<sup>26</sup> Sentencia C-811 de 2011. Corte Constitucional.

racionalmente que para su consumación solo basta que el sujeto activo de la conducta haga tocamientos libidinosos o lujuriosos en las partes íntimas del sujeto pasivo menor de edad, por lo que consecuente con esto y visto su desarrollo desde la más sensata y ponderada perspectiva, muy especial entre otras cosas por tratarse de unas niñas entre 7 y 8 años de edad, las cuales postradas ante la autoridad y dirección del acusado en calidad de profesor, cuando expresan al unísono y en número de cinco (05) dentro de la audiencia del juicio oral, que el profesor les beso el **“chocho”**, para la Sala, ya ahí se cometieron los múltiples delitos de actos sexuales abusivos con menor de edad, sin importar que quedara en estas menores eritemas u otras secuelas perceptibles, porque si existieron y así quedó establecido son evidencias que registran con mayor ahínco estas conductas punibles.

Porque el artículo 209 de la ley 599 de 2000, sólo requiere que: *“El que realice actos sexuales diverso del acceso carnal con persona menor de 14 años”* máxime cuando para escuchar las exposiciones de las menores y con todas las garantías para las partes se acudió a las *cámaras de Gessell*, guardando los parámetros insertos en el código de infancia y adolescencia y como lo dice la jurisprudencia penal, debe usarse en su recaudo también el apoyo de autoridades especializadas y esto realmente aconteció, situación que no discute francamente la libelista; pero que de una manera soslayada alude a que la evacuación de los testimonios de las menores no fue puro, no obstante, ningún reproche le brindó este desarrollo probatorio a la defensa técnica anterior y ello tampoco lo revela la Juez, ministerio público y la propia fiscal de la causa, por lo que vale la pena ilustrarnos con conceptos de la Corte, que valora un testimonio de menor víctima de abuso sexual, con semejanza crítica a la que expone la apelante:

*“El Código de la Infancia y la Adolescencia establece los criterios para recibir el testimonio en procesos judiciales donde son víctimas los niños, niñas y adolescentes; ciertamente que el apoyo del Psicólogo en esta investigación penal fue trascendente porque “adecuó el interrogatorio a un lenguaje comprensible a la edad de la víctima” y las respuestas que se obtuvieron por ese medio le permitieron, en su calidad de órgano especializado de indagación e investigación dictaminar con criterio de “profesional especializado” que la víctima rindió de forma idónea y comprensible la versión de unos hechos.*

*El testimonio de la víctima fue absolutamente puntual, absolutamente claro en referir el “núcleo duro” de la investigación penal (la existencia de un abuso contra la Libertad, Integridad y Formación sexuales); las respuestas fueron elocuentes como lo precisó –con acierto- el representante del Ministerio Público:*

*La víctima refirió “por la descripción gestual” (con tocamientos en sus genitales) que “su Tío (...) le tocó la vagina” y cuándo se le preguntó que dónde está (...) respondió con total claridad que “...está en la cárcel precisamente por eso”, y de ahí la respuesta razonable y coherente de que “...no lo consideraba su amigo por esa misma causa”.*

*Por modo que, a partir de la apreciación correcta del testimonio de la víctima y de integrar ese dicho con la versión de oídas del Psicólogo (órgano de indagación e investigación especializado) el juzgador determinó la responsabilidad penal de (...)”<sup>27</sup>*

Llama la atención de la Sala, el argumento de la recurrente cuando entre bambalinas o de manera soterrada acepta que hubo tocamientos por parte de una menor al miembro viril del profesor, pero desgrava tal hipótesis cuando obtiene por voces de esta menor que el pene del profesor se encontraba *“arrugado”* luego de los *“masajitos”* preguntándose que un hombre sano y ante ese acometimiento físico en el miembro viril, debía registrar este erecto y si la niña dijo lo contrario luego entonces no hubo acto sexual abusivo con la menor. Este concepto muy bien pensado y forzoso ante la claridad probatoria que emerge de los

<sup>27</sup> Sentencia del 13 de febrero de 2008. Radicado 28.742. M.P. Alfredo C. Sánchez Quintero.



testimonios de las menores víctimas, naturalísticamente se expulsa solo del mundo fenomenológico y con mayor ahínco del espíritu del legislador penal, quien solo exige del sujeto agente en desarrollo de la acción criminal, que haga actos sexuales en contra de un menor de catorce años, catalogando esta acción como de mera conducta, dando por descontado consecuentemente la consumación.

(...)

Además, la apelante a lo largo de su exposición que confuta las razones o argumentos surtos en el fallo condenatorio que no comparte jamás se dio a la tarea de mencionar siquiera lo que expusieron las menores víctimas de ataques sexuales y si a ello hubiese acudido entenderá que éstas menores fueron armoniosas en revelar sin ambages y ante el público todo lo que padecieron de parte del profesor. Vale decir que el profesor les besó el **“chocho”** a las cinco (5) menores, colocándolas arriba del inodoro y esto es lo esencial para los fines punitivos, sin importar que ello ocurriera antes o después del recreo, en febrero o en octubre del año 2011, en el baño de los niños o en el baño de las niñas, habida cuenta que al criticar estos testimonios, acudiendo a la lógica y leyes de la experiencia, se obtiene ineluctable que el estadio de los acontecimientos es el mismo, Colegio Distrital María Auxiliadora Sede 2 de Barranquilla, que existe un solo protagonista – el profesor Rogelio Antonio Peña García- los baños para niños o niñas existen y por último todas las cinco menores señalan que la época de los hechos lo fue cuando cursaban el año lectivo de primero de primaria y ahí si debe ser drástica la Corporación, para rechazar in limine el querer de la recurrente cuando pretende asignarle el epíteto mendaz a unas evocaciones de las menores de este talante sexual y validar la posición de un profesor, para convertirlo en aquel más abnegado y dedicado a sus labores académicas, como lo afirma su propia compañera sentimental y una colega en las lides educacionales, cosa que nadie puede discutir hasta antes de que se conocieran los hechos delictuales de interés del proceso.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículo 250 Constitucional, Artículos 336, 337, 338, 380 y 381 de la Ley 906 de 2004, Artículo 209 Ley 599 de 2000.

**FECHA:** Julio 29 de 2014

**RADICACIÓN:** 2013-00229

**DECISIÓN:** Confirma sentencia condenatoria.

-----  
**PREVARICATO POR ACCIÓN-Materialidad de la conducta/GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Cargo de periodo fijo/No aplica el concepto de empleado de libre nombramiento y remoción/ERROR DE TIPO-No se configura porque el procesado**

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER MOLA CAPERA**

**Causa fáctica:** En el presente caso, se discute la legalidad de la conducta desplegada por un alcalde municipal que desvinculó al gerente de la ESE Municipal, con el argumento que este cargo era de libre nombramiento y remoción, sin esperar las resultados de un proceso disciplinario que se seguía en contra de la persona desvinculada. Adicionalmente, el procesado alega en su favor la configuración del error de tipo, pues considera que las normas que regulan el asunto no revisten sencillez interpretativa.

**Extractos:**

(i) *De la conducta punible acusada*

El artículo 413 del Código Penal regla que el servidor público que profiera resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 200 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

El tipo penal analizado es de conducta instantánea ya que con la materialización del acto manifiestamente contrario a la Ley se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar -en orden a la adecuación típica- sus efectos, la duración de éstos o las diversas formas que puede llegar a asumir, sin que sea necesario que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

La estructuración de este delito, conforme a la anterior descripción, supone desde su aspecto objetivo, acreditar los siguientes elementos básicos: la calidad de servidor público, la competencia funcional a partir de la cual podía proferir la resolución, dictamen o concepto y que tal acto resulte manifiestamente contrario a la Ley.

La locución “*manifiestamente contraria a la ley*” es un elemento normativo del tipo que impone una valoración sobre cuán abierta o evidente es la disonancia entre la actuación y la ley, porque no basta con la simple contradicción entre una y otra; pues debe ser de tal modo palmaria que ponga en evidencia el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés particular a toda costa, con desprecio por la ley que debe aplicar. Y debe refulgir con claridad que el acto jurídico no fue producto de la torpeza, el desconocimiento o el error, sino que se obró prevalido de conocimiento y voluntad de contrariar la ley a través de la resolución, el dictamen o el concepto emitidos<sup>28</sup>.

En el asunto que ocupa la atención de esta Sala, se tiene que en la foliatura militan sendas pruebas que acreditan la calidad de servidor público del procesado para la época de los hechos, esto es, fungía como Alcalde del municipio de Palmar de Varela (Atlántico), aunado a que tenía competencia para emitir los Decretos que el Ente Acusador señala como prevaricadores, sin embargo, la Colegiatura examinará si tales Decretos son manifiestamente contrario a la Ley, aunado al tipo subjetivo.

Pues bien, la Judicatura colige que la Fiscalía acusó al ex Alcalde Rafael Manjarres Charris como autor del punible de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, bajo los siguientes presupuestos<sup>29</sup>: (i) el inculpado dictó acto administrativo comisionando al Secretario de Gobierno Municipal para que adelantara investigación disciplinaria contra el Gerente de la ESE Centro de Salud del municipio de Palmar de Varela (Atlántico), apartándose presuntamente de lo reglado en el artículo 76 del Decreto 262 del 22 de febrero de 2000<sup>30</sup>; (ii) con la expedición del Decreto 064 del 4 de julio de 2000, el procesado profirió decisión manifiestamente contraria a la Ley, porque declaró insubsistente al Gerente de dicha ESE, sin esperar el pronunciamiento del ente investigador disciplinario, esto es, la Personería Municipal, a quien le fue remitida la actuación; (iii) al proferir el

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1º de noviembre de 2007, Rad. 268464, M.P. Javier Zapata Ortiz.

<sup>29</sup> Folios 94 a 131 C.O. No. 4 de Fiscalía.

<sup>30</sup> El cual enseña:

Artículo 76. Funciones. Las Procuradurías distritales y provinciales, dentro de la circunscripción territorial, tienen las siguientes funciones cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este Decreto:

1. Conocer en primera instancia, salvo que la competencia esté asignada a otra dependencia de la Procuraduría, los procesos disciplinarios que se adelantes contra: a) los Alcaldes de los municipios que no sean capital de Departamento, los concejales de éstos, los personeros, personeros delegados, ediles de juntas administradoras locales, rectores, directores o gerentes de las entidades y organismos descentralizados del orden distrital o municipal, los miembros de sus juntas o consejos directivos, y contra servidores públicos de orden distrital o municipal, según el caso.

decreto 087 del 26 de octubre de 2000, el Burgomaestre incurrió por segunda vez en la conducta punible endilgada, pues al remover de su cargo al Gerente del Hospital de Palmar de Varela, se apartó de lo consagrado en los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 27 y 28 del Decreto 1892 de 1994<sup>31</sup>.

(ii) *De la naturaleza del cargo que ostentaba Luis Manjarrés de la Ossa.*

La defensa técnica alude en su recurso que el señor Manjarres de la Ossa si bien era Gerente del Centro de Salud de ese municipio, lo era de libre nombramiento y remoción, y por tanto el Alcalde, podía declarar su insubsistencia sin justificarla.

Sin embargo, el reproche del Ente Acusador a la conducta del endilgado es que al proferir los Decretos 064 del 4 de julio de 2000 y 087 del 26 de octubre de ese año, el Burgomaestre se apartó de lo contemplado en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 que indica:

“Art.192. **Dirección de los hospitales públicos.** Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por periodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa...”. (Subraya y negrilla fuera del texto).

(...)  
Bajo este contexto se infiere que por disposición del Legislador, los Directivos de los Hospitales Públicos tienen un período de 3 años prorrogables, es decir tienen un término fijo para el desempeño del cargo, y sólo pueden ser removidos cuando se demuestre ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes, o por ineficiencia administrativa.

En cuanto a la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, en el artículo 10 del decreto 1892 de 1994<sup>32</sup> se dispone:

“Del nombramiento y posesión. El jefe de la respectiva entidad territorial nombrará al Director de Hospital Pública o Gerente de Empresa Social de Salud de la terna que la Junta Directiva le haya remitido. El aspirante seleccionado tomará posesión ante el nominador o su delegado, en los términos y condiciones de la normatividad vigente.

<sup>31</sup> Arts. 27 y 28 del Decreto 1892 de 1994:

Artículo **27°**.- *De las causales de remoción.* Los Directores o Gerentes sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes y por ineficiencia administrativa, cuando se haya calificado como deficiente su desempeño, según el procedimiento previsto en las normas que se expidan. (Subraya fuera del texto).

**Parágrafo**.- Estas causales de remoción tendrán vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

**Artículo 28°**.- *De la facultad del nominador.* El Jefe de la respectiva entidad territorial removerá al Director o Gerente dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de los resultados de la respectiva evaluación o investigación efectuada por la Junta Directiva o la Entidad competente, previa refrendación de la Subdirección de Gestión de Servicios de Salud del Ministerio de Salud.

<sup>32</sup> Por el cual se establece el Sistema de Selección, Nombramiento y el Régimen Especial de Salarios y Estímulos de los cargos de Directores de Hospitales Públicos o Gerentes de Empresas Sociales de Salud del Nivel Territorial y se adiciona el decreto 1335 de 1990.

Parágrafo. En caso de ausencia definitiva del Director o Gerente nombrado mediante este procedimiento, el Jefe de la entidad territorial solicitará a la Junta Directiva completar la terna original para nombrar con base en ella al nuevo director”.

Por su parte, en el decreto 139 de 1996<sup>33</sup>, artículo 2, se establece:

“ARTICULO 2o. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE GERENTE O DIRECTOR. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las empresas sociales del Estado.” (Subraya de la Sala).

En relación a los empleados públicos en período fijo el Consejo de Estado acotó lo siguiente:

“...Primero, que el nominador es el jefe de la respectiva entidad territorial; segundo, que la potestad nominadora no es absoluta pues está sometida a la postulación de la junta directiva, en la medida en que es la responsable de elaborar la terna de la que el jefe de la entidad territorial debe escoger, y tercero, que el período del Director o Gerente es de 3 años, el cual puede prorrogarse.

(..)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que al declararse insubsistente a la demandante del cargo de Gerente, se desconocieron los artículos 192 de la ley 100 de 1993, 10 del decreto 1892 de 1994 y por supuesto el 17 del acuerdo 042 de 1998, normas que señalan que el desempeño del cargo de Gerente es para un periodo fijo de 3 años, es decir una vez se realice el nombramiento y la posesión del referido cargo se debe permanecer en él hasta la finalización de aquel término, a menos que, como se explicó anteriormente, se demuestre que el Gerente haya cometido faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética o ineficiencia administrativa<sup>34</sup>....”<sup>35</sup>

En el presente caso se tiene que el ciudadano Luis Fernando Manjarres de la Ossa, fue nombrado mediante el Decreto No. 034 del 6 de abril de 1998, para un empleo de período fijo, esto es, como Gerente de la Empresa Social del Estado, Centro de Salud con Camas Palmar de Varela (Atlántico), por el período fijo de tres (3) años contados a partir de la fecha de su posesión, es decir, que su vinculación no fue de libre nombramiento y remoción, tampoco se trata de un cargo de carrera administrativa, sino que era un empleado de período fijo<sup>36</sup>.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al libelista cuando sostiene que el cargo de Gerente del Centro de Salud ejercía su cargo en libre nombramiento y remoción.

### (iii) Responsabilidad penal del enjuiciado

En virtud que el señor Luis Manjarres de la Ossa era un empleado público de período fijo, al proferir el procesado Rafael Ángel Manjarres Charris los Decretos 064 del 4 de julio de

<sup>33</sup> Por el cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y se adiciona el decreto 1335 de 1990.

<sup>34</sup> Artículo 192 de la ley 100 de 1993.

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 2 de mayo de 2013, Rad: 52001-23-31-000-2001-01223-02(1277-10), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>36</sup> Folio 19 C.O. No. 1 de Fiscalía.

2000 y 087 del 26 de octubre de ese año, donde declaró insubsistente al Gerente y luego ordenó su remoción, desatendió lo regulado en los artículos 192 de la ley 100 de 1993, al Decreto 1892 de 1994, normas que señalan que el desempeño del cargo de Gerente es para un periodo fijo de 3 años, es decir una vez se realice el nombramiento y la posesión del referido cargo se debe permanecer en él hasta la finalización de aquel término, a menos que, se **demuestre** que el Gerente haya cometido faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética o ineficiencia administrativa<sup>37</sup> y como en este caso, la Personería Municipal de palmar de Varela, no había proferido providencia donde se demostrara tales faltas, y en consecuencia se configuró la conducta punible endilgada.

Al respecto, el libelista aduce que en la conducta de su representado se presentó una causal de ausencia de responsabilidad, esto es, error de tipo, contenida en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, el cual traduce: “*No habrá lugar a responsabilidad penal cuando...10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuera vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa*”.

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo, que para nada ha menester el conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad, que sólo interesan a los efectos del error de prohibición como exclusión de la culpabilidad. El error de tipo será *vencible* cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa. En síntesis: (a) el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); (b) siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica); y (c) cuando sea invencible elimina también toda eventual tipicidad culposa<sup>38</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema enseña:

“...De una parte, el error de tipo contenido en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal se configura cuando el agente de manera equivocada se representa en la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa...”.

“El error de tipo se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta u hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado “error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación”. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. De ello se desprende que el error invencible, entendido como la errada interpretación que no es posible superar, aún actuando en forma diligente y cuidadosa, y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar”.

<sup>37</sup> Artículo 192 de la ley 100 de 1993.

<sup>38</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni; Manual de derecho Penal-Parte General-Edición de marzo 2006, páginas 413-414.



Así pues, el libelista solicita le sea reconocida a su prohijado dicha causal de ausencia de responsabilidad, bajo el argumento que las normas que regulan el asunto son de difícil apreciación.

Sin embargo, la Sala acota lo siguiente: (i) el enjuiciado tenía conocimiento que el cargo ejercido por el señor Luis Manjarres de la Ossa lo era de “servidor público en período fijo”; (ii) de igual manera, ya había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que sabía que los empleados públicos en dicha situación únicamente podían ser retirados cuando se demostrara faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética o ineficiencia administrativa, máxime si el acusado había sido Alcalde de ese municipio en otra oportunidad, es decir, no era principiante en dicho cargo; (iii) aunque el recurrente aduzca que la legislación que regula el asunto es de difícil apreciación, se tiene que las dos normas de las cuales se apartó el Burgomaestre al expedir los dos Decretos mencionados, señalan claramente cuando se “demuestre”, lo que implica que debe existir certeza de dichas faltas para operar la insubsistencia o remoción.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículos 32 numeral 10 y 413 del Código Penal, Artículo 192 Ley 100 de 1993, Artículos 10, 27 y 28 Decreto 1892 de 1994, Artículos 2 Decreto 139 de 1996. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 2 de mayo de 2013. Rad Int: 1277-10. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

**FECHA:** Julio 28 de 2014

**RADICACIÓN:** 2014-00140

**DECISIÓN:** Confirma la sentencia condenatoria objeto de recurso.

-----  
**CONTROL MATERIAL DE LA ADECUACIÓN TÍPICA-** Variaciones en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004/**JUEZ DE CONOCIMIENTO-**No puede inmiscuirse en la tipificación que haga la Fiscalía de la conducta punible aún cuando considere que sea errónea

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO**

**Causa fáctica:** En el presente caso, la Fiscalía recurre la providencia mediante la cual se negó la aceptación del allanamiento a cargos que hiciera el procesado, pues considera que le impidió acceder a los beneficios de rebaja de penas que otorga la Ley en los distintos estadios procesales, siendo la audiencia preparatoria indiscutiblemente uno de esos momentos propicios para ello.

**Extractos:** “En el régimen legal existente, se ha determinado que el Juez no tiene facultades para hacer observaciones al escrito de acusación, quedando supeditado o amarrado a la postura o tópico que bien asuma el acusado, la defensa y los intervinientes, en los términos del artículo 339 del C.P.P., para efectos de salvaguardar la imparcialidad que tanto se reclama de la Justicia en este sistema. Es decir, refulge diáfano pues, que sobre el acto complejo de la Acusación existiría un control meramente formal, el cual procede básicamente a solicitud de parte, nunca de forma oficiosa, recayendo el mismo sobre todo los requisitos formales, y no extendiéndose entonces a la calificación jurídica de los hechos, pues ello representaría una intromisión, del Juez o de los otros sujetos en el ámbito de la acusación y por supuesto de la imputación, entidades que como se sabe según el diseño del sistema procesal son propios de la Fiscalía.

(...)

Casos los cuales, resultan extremos como viene anotado. Puede decirse entonces que, la Fiscalía **mantiene el monopolio de la acusación y por supuesto de la imputación**, el derecho penal de acto que nos rige, impone que el funcionario judicial respete por sobre todo la adecuación típica, esto es, la ubicación de los hechos en el ámbito jurídico penal según los presupuestos impuestos por el legislador y acorde con las circunstancias del caso.

Luego entonces, a pesar de mejores consideraciones, seguimos regidos por el **principio de estricta legalidad** que entre otros artículos, está recogida en el sexto (6) del CPP., y en el sexto (6) del CP., es por ello, que en lo posible, ni a la Fiscalía, ni al Juez, ni a los demás sujetos procesales, les está permitido adecuar a su antojo los hechos a determinado comportamiento típico, distinto del que por la naturaleza de las circunstancias corresponda, pues ello haría perder el carácter del principio de tipicidad que es el eje vector del derecho penal. En este sentido se orienta el sistema tradicional o la Ley 600 de 2000.

Los hechos no pueden ser readecuados, ni reinventados por los sujetos procesales ni las partes, ni mucho menos por los funcionarios, ni aún en los casos de acuerdo o preacuerdos, en este sentido, el artículo 327, del C.P.P., en su inciso final reza lo siguiente:

*“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”*

Según las diversas interpretaciones, este inciso señala que para aquellos casos donde se pretenda aplicar el principio de oportunidad o formularse acuerdos entre fiscalía o imputados, los hechos adecuados a los tipos penales no pueden tomarse por asalto, es decir, los hechos, y los tipos penales que los comprenden, según sus características no pueden ubicarse sino dentro de su justa adecuación, puesto que de lo contrario comprendería una irregularidad absurda, desproporcionando las reglas mínimas del derecho y la equidad, convirtiendo el trámite en lo penal en un fenómeno caótico, inaceptable o incomprensible que ninguna justicia, ni ningún orden nos podrá brindar, así, no podemos convertir un peculado en un hurto, ni un abuso sexual en una violación, ni una falsa denuncia, en una calumnia, puesto que por más que coincidan algunos de los aspectos en el carácter estructural de estos tipos penales todos son perfectamente distinguibles dada su indistinta naturaleza. Ni siquiera a veces dentro de los mismos capítulos o títulos del código penal, puesto que las circunstancias varían diametralmente de un tipo a otro, y se oponen en forma contundente, así como la naturaleza y las modalidades de las sanciones resultan infinitamente variables, el Fiscal y el Juez deberán estar atentos a mantener en lo posible los hechos adecuados o adaptados al tipo penal más preciso posible, salvo que las pruebas en forma contundente y las circunstancias obliguen a un cambio trascendental, como cuando por ejemplo una investigación que se inicia por tentativa de homicidio, deba convertirse la acusación en homicidio consumado cuando a los pocos días de sucederse los hechos e iniciado la investigación, sobreviene la muerte del herido o lesionado dentro de una línea inequívoca de causalidad, es decir, por los mismo hechos, heridas o lesiones por las que se inició la investigación por tentativa. No obstante, en la nueva doctrina o dogmática en formación del nuevo proceso penal colombiano, se habla de un principio de legalidad moderado para facilitar las novedosas tendencias al uso y aplicación del principio dispositivo de la acción, en el ámbito del también novedoso en Colombia, que se ha denominado proceso penal premial.

Solo en estos casos excepcionales, donde la realidad impone la variación de la naturaleza de los hechos aparece obligada la rectificación de la calificación jurídica provisional, extraordinariamente, también con base en algunos acuerdos, según los artículos 350, 351, y 352 del ordenamiento procesal se sabe que la Fiscalía podría eventualmente renunciar a alguno agravantes y/o modificar formas de la imputación en forma favorable, pero todo debidamente explicado, motivado y sustentado en el proceso de los acuerdos, y lógicamente y como se sabe sin desprestigiar a la Justicia y sin fracturar el eje central del tipo penal más grave acorde con el citado artículo 327.

(...)

En este sentido, el Juez de conocimiento, por muy errada que considere la acusación e inclusive la imputación, **no puede y no debe inmiscuirse** en ella, y mucho menos puede determinarla, como sería en el presente caso si se decretase la Nulidad con base en el hecho de que la adecuación típica es errada o no se correspondió exacta con la de la imputación.

Ciertamente estamos ante una situación que podría parecer un tanto confusa, frente a cuál de los dos tipos penales o tres, esto es, **homicidio culposo, homicidio preterintencional, o finalmente homicidio doloso**, en lo que se nos presenta, entonces eliminemos el tercero por descarte; es decir, la mejor inclinación que podemos tener y por significar opciones más favorables al reo, es que aquí, no sucedió un homicidio, llevado a cabo con la intención o determinación absoluta o clara de matar, ello porque el procesado o imputado se encontraba en su lugar de trabajo y fue abordado o visitado por la víctima, la que acudió para hacer el reclamo o requerimiento de la persistencia del supuesto daño del vehículo, y como se sabe, en desarrollo de esta discusión, se generó el enfrentamiento físico. De manera tal que, resulta fácil y conveniente descartar el Homicidio Doloso, o premeditado o deliberadamente intencionado, puesto que no lo revisten las características del insuceso.

Surge entonces la discusión más clara entre si se sucedió uno de carácter preterintencional u otro de carácter culposo, esta discusión se nos presenta más cerrada, o difícil de resolver, con la escasa información producto de las meras entrevistas que como se sabe no son pruebas en sí mismas, ni tampoco han sido sometidas a la contradicción, ni hay lugar a la controversia judicial, sin embargo, podríase argumentar que, si la muerte sobreviene directamente del golpe propinado por el agresor que quiere lesionar y mata, estaríamos ante un homicidio preterintencional sin discusión alguna.

Sin embargo, si lo ciertamente ocurrido nos coloca frente ante un enfrentamiento donde además de los golpes interpartes, intervino un factor circunstancial o fortuito, esto es, que es uno de los agresores producto del enfrentamiento, e inclusive de las contra agresiones del otro cae y se golpea la cabeza, con el bordillo o saliente del piso o sardinel, podríamos estar frente a un Homicidio Culposo por imprevisión de lo previsible o por imprudencia en lo previsto dado el fenómeno de la inobservación del deber de cuidado.

En todo caso las dos hipótesis frente a la todavía ausencia de pruebas son factibles, la fiscalía optó en la acusación por la segunda y siendo que es posible variar la imputación, entre el acto judicial de imputación y la presentación del escrito de acusación a la jurisdicción de conocimiento, no le queda más remedio que aceptarlo y respetarla porque ello es posible. Al respecto, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

**“No es, entonces, el acto de la imputación un momento acabado de definición del delito y consecuente responsabilidad penal, pues, si así fuese, carecería de sentido la**

**investigación subsecuente y no sería posible acudir a mecanismos tales como el de la preclusión, producto, no sobra recalcar, de lo que esa investigación consecuyente arroja.**

**si se cuenta con el debate del juicio oral para que la defensa ponga a prueba la consistencia de los cargos, momento procesal en el que efectivamente se ejerce el contradictorio, no se evidencia violación esencial a la garantía<sup>39</sup>.**

*La aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. **También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes**, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.*<sup>40</sup>

Esto último no se advierte en el sub iudice. Por tanto, de los anteriores preceptos jurisprudenciales, se infiere sin mayores elucubraciones mentales que, tanto en la aceptación de cargos, como en los acuerdos que llegue el procesado con la Fiscalía, el juez de conocimiento tiene limitada su participación, pues si en el caso que ocupa hoy la atención de la Sala, el allanamiento cumple con las formalidades determinadas por el legislador y la jurisprudencia, *esto es, que i) haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad.*(...) <sup>41</sup>, el juez de conocimiento debe aceptarlo y convocar a la audiencia para individualizar la pena, dictando la respectiva sentencia.

La Sala entiende la preocupación del juzgado, y creemos que de muy buena fe, ha querido reparar lo que consideró una especie de entuerto, esto es, haberse modificado el tipo penal en concreto con uno diferente por el cual se había elevado la imputación, en este ámbito vale decir que en principio las circunstancias como tal parecerían ofrecer una mayor precisión si se califican como preterintencional, y no como culposo, como se dijo anteriormente, sin embargo, también hay que reconocer que hasta este momento procesal, no ha existido la práctica formal de pruebas propiamente dichas, de manera que los cargos devienen de la investigación realizada todavía en forma unilateral por la Fiscalía; y si a bien, esta entidad tuvo modificar la calificación jurídica, ello aún forma parte de sus competencias, no obstante, si el Fiscal está actuando erradamente sea por negligencia, o ignorancia, podría tener consecuencias disciplinarias, si se comprueba que fue descuidado, o inobservó la evidencia, si así fuere denunciado, o si el juzgado tiene a bien, compulsar las copias con razones de mucho peso, o igualmente si se llegare a comprobar que el Fiscal obró dolosamente o de mala fe para favorecer al acusado, tendría además de las consecuencias disciplinarias, consecuencias penales por prevaricato; en pero, ya la Corte viene aceptando que no necesariamente tiene que existir una coherencia o correspondencia, o congruencia estricta entre la imputación y la acusación, y en efecto dijo en Sentencia del 10 de marzo de 2010, Rad. 32.868, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez:

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia, 32868.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia. Auto del 18 de abril de 2007. Rad. 27159.

<sup>41</sup> CSJ, Rad. 21508, 30 de Noviembre de 2006.

“En estricto sentido, para los procesos adelantados por los cauces ordinarios hasta llegar a la sentencia previo un juicio oral, los cargos se concretan de manera clara en la acusación, momento en el cual se anuncia el ingreso al proceso de los hechos y su denominación jurídica, así como las pruebas que pretende materializar la fiscalía en el juicio oral. De suerte que no puede predicarse violación al derecho de defensa, si en la formulación de acusación se varía la denominación jurídica del punible por el que se formuló la imputación, o se adicionan o suprimen circunstancias agravantes o atenuantes, bien genéricas, ora específicas, siempre que exista perfecta consonancia respecto de los supuestos fácticos.

Precisamente, la razón de ser de la formulación de imputación, en su sentido más prístino, es que la fiscalía dé a conocer al imputado, que se le registra autor o partícipe de unos hechos concretos, y que a renglón seguido se adelantará la investigación encaminada a determinar no sólo la verificación de esa inicial información, sino la específica vinculación delictiva que esos hechos aparejan.

Eso significa, entonces, que aún en agraz la investigación, ella debe depurarse en el término siguiente a la formulación de imputación, a fin de precisar los hechos, sus consecuencias jurídicas y la participación del procesado, como quiera que la formulación de acusación obedece a que se lograron esos mínimos estándares de demostración.”

(...)

El Juez en este nuevo sistema no debe ir más allá de las pretensiones de las partes, ello es de difícil asimilamiento, pero aquí la decisión del a quo se nos antoja inclusive, más audaz que las pretensiones del representante de las víctimas, aquí el fallador, no podía dejar el proceso entrabado para inmediatamente declararse impedido, esto es, una especie de lavatorio de las manos; ello tampoco es posible en este trámite procesal. El Juez es un definidor imparcial por excelencia, y el sistema de aceptación de cargos y preacuerdos está previsto, aún con sus defectos para resolver en forma más celeres los conflictos entre los coasociados, de manera tal que aun dejando las constancias que considere pertinentes, lo viable es que se dicte la respectiva sentencia que en derecho corresponda, puesto que como también se dijo, la Fiscalía tiene el monopolio de la acusación, y en ese ámbito su responsabilidad también ha de ser absoluta; en la providencia que nos ocupa, si bien, se afirma el desatino de la calificación, no se fundamenta suficientemente cuales son los derechos fundamentales afectados.

Así entonces, y como conclusión, se tiene que, si el procesado optó por la aceptación de cargos en la audiencia preparatoria, para efectos de la respectiva rebaja punitiva, no queda más remedio que aceptarlo, pues desconocer ese derecho, sería admitir que, por un aparente error atribuible al ente Fiscal, se le cercene la posibilidad al encartado de acceder a los beneficios que la Ley le otorga por evitar un desgaste mayor de la administración de Justicia.

(...)

Finalmente, frente el impedimento que efectuara el Juez de primera instancia, el mismo desde ya será declarado infundado, principiando por el hecho de no haber invocado el fallador manera específica, la causal en la que se fundamenta para declararse impedido, alegando de manera exclusiva que **“su criterio se encuentra demasiado comprometido con la investigación adelantada por la Fiscalía”**. Frase de la que se puede inferir la posibilidad de encontrarnos frente la causal 4ª del artículo 57 del CP.P., (que el funcionario



judicial haya manifestado su opinión sobre el asunto), o bien, la causal 6ª (que el funcionario judicial hubiere participado dentro del proceso).

En todo caso, habrá que decirse que, la honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en determinar que, el conocimiento previo de un asunto, por razón de las funciones del cargo de Juez o magistrado, no constituye automáticamente causal objetiva de impedimento, ni ello ocurre en virtud de la ley, ni per se; sino que, en cada evento particular **deben expresarse los motivos subjetivos por los cuales se ha dejado de ser imparcial, o podría perderse la ecuanimidad ideal del administrador de justicia**<sup>42</sup>.

Por ello, la citada Corporación ha sido reiterativa en reseñar que, tratándose de impedimentos, es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales, **expliquen** cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado ya en el proceso, o haber dado su opinión en el caso concreto, no manifestar deliberadamente que se declaran impedidos, sin ninguna argumentación que soporte su dicho.

Así las cosas, el impedimento invocado por el Juez Sexto penal del Circuito con Función de Conocimiento, no tiene mérito de prosperidad, toda vez que omitió indicar cómo y de qué manera la no aceptación del allanamiento a cargos viciaba su imparcialidad u objetividad, para seguir conociendo de la actuación.”

**FUENTE NORMATIVA:** Artículo 339, 327, 350,351, 352 C.P.P., Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 10 de marzo de 2010. Rad: 32.868, Auto de 18 de abril de 2007. Rad: 27.159 y Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Rad: 21.508.

**FECHA:** Agosto 15 de 2014

**RADICACIÓN:** 08-001-60-01055-2012-02204-01/**2014-00114**

**DECISIÓN:** Revoca auto que improbo el acto de allanamiento a cargos. Declara infundado impedimento invocado por el Juez A Quo.

---

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**-Reconocimiento excepcional por vía de tutela/Procedencia de la prestación cuando el causante era quien sostenía económicamente a la actora/**PERSONA DISCAPACITADA**-Se requiere una especial protección del Estado para lograr obtener la protección de sus derechos fundamentales

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ**

**Causa Fáctica:** En el presente caso, la parte actora solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su prohijada por cuanto considera que es una persona en especiales condiciones que la hace merecedora de esta prestación económica, aunada al riesgo inminente que corre su subsistencia por carecer de ingresos propios.

**Extractos:** “En esta ocasión la Sala, encuentra que la pretensión principal del accionante señor Oswaldo Noguera Rudas, curador de la discapacitada Veruska Lobo Noguera, es

---

<sup>42</sup> C.S.J., 27497, M.P., Javier Zapata Ortiz.

obtener a través de este mecanismo constitucional la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la accionada Universidad del Atlántico, a quien pide se conceda la pensión de sobreviviente a favor de su representada y el pago de la cuota de alimentos de la que venía siendo beneficiaria.

Ante la súplica de protección de los derechos fundamentales, la Juez de primer nivel encontró que había sido vulnerado el derecho de petición, el cual tuteló ordenando un pronunciamiento de fondo acerca de la solicitud pensional; no obstante, tanto accionante como accionada se oponen a tal determinación, el primero por considerar que debió tutelarse también otros derechos que implicaban impartir la orden específica de conceder la pensión reclamada; y la segunda por estimar que se encuentra dentro de los términos legales para resolver de fondo la solicitud pensional.

Como se infiere de las impugnaciones, el asunto que se examina gira en torno no sólo al *derecho fundamental de petición* como lo consideró el a quo en primera instancia, sino también al tema pensional en sí por ser lo que pretende principalmente el actor el que se conceda la pensión de sobreviviente a su representada, resultando, entonces, imperioso acudir a la jurisprudencia constitucional que ha establecido que, por regla general y en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no procede para lograr acceder a estas prestaciones de tipo económico, toda vez que el legislador ha dispuesto medios de defensa ordinarios para solucionar esos conflictos, ya sea ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha admitido que se concedan prestaciones de contenido pensional a través de la acción pública de amparo constitucional en situaciones excepcionales. En efecto, la Sentencia T-334 de 2011 de esa misma Corporación, identificó las siguientes reglas jurisprudenciales para admitir la procedencia de la tutela:

*“(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que ‘la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada’. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o no.*

*(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales.*

*(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.*

*(iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud.*

*(v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.”*

A su vez, ese tribunal constitucional ha advertido que el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos riguroso cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como en el caso, por tratarse de una persona que padece una discapacidad física y mental

por la que fue declarada interdicta. Precisamente, ha señalado que *“existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”*<sup>43</sup>.

En tratándose de la pensión de sobreviviente dichos requisitos fueron especificados de la siguiente manera: *“(i) si la persona instauró una petición para el reconocimiento de su pensión; (ii) si la entidad encargada no le ha dado respuesta, debiendo haberlo hecho, o le ha respondido pero no de fondo, clara, precisa y congruentemente; (iii) si claramente tiene derecho a la pensión reclamada, en los términos de la ley; (iv) si esté en peligro el goce efectivo de un derecho fundamental y, finalmente, (v) si se cumplen los demás requisitos de procedencia de la tutela.”*<sup>44</sup>

De acuerdo con lo anterior, el caso que se examina es aquellos donde procede excepcionalmente la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas – pensión de sobrevivientes- correspondiendo a esta Sala, verificar si se reúnen los requisitos arriba descritos, como en efecto, se hará a continuación:

(i) El señor Osvaldo Noguera Rudas, presentó una solicitud de pensión de sobrevivientes a favor de Veruska Lobo Noguera, de quien es curador tal como fue declarado en sentencia judicial de fecha 22 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero de Familia de esta ciudad. Dicha petición tuvo lugar el día 14 de marzo de 2014, ante la Universidad del Atlántico, sin que hasta el momento haya sido resuelta de fondo.

(ii) La Universidad del Atlántico, por intermedio de su apoderado judicial, aduce que se encuentra dentro del término para resolver la solicitud pensional, muy a pesar que es evidente que han pasado más de 4 meses- hasta el día de hoy- sin que aún se haya resuelto de fondo la pretensión del peticionario, que ha sido enfático en señalar la urgencia y necesidad de que se resuelva oportunamente en consideraciones a la situación de vulnerabilidad de la interdicta que representa.

(iii) A la acción de tutela la acompañan elementos de prueba que permiten inferir razonablemente que se cumplen los requisitos de parentesco, el estado de invalidez del solicitante y la dependencia económica respecto del causante. Tales son los dictámenes de medicina legal (folios 8 a 13, c.o.), la sentencia que resuelve declarar la interdicción judicial y la de segunda instancia que la confirma (folio 14 a 25 – 31 a 38, c.o.) y registro civil de nacimiento (folio 28, c.o.) y el oficio de embargo de la mesada pensional que percibía su padre en vida (folio 42 y 43, c.o.), mismo que le fuere suspendido como lo afirma el apoderado judicial de la Universidad del Atlántico, por haber fallecido el pensionado.

(iv) El peligro al derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la señora Veruska Lobo Noguera, es inminente habida cuenta que, como lo pone de presente su curador, la solicitante de la pensión de sobreviviente solo contaba con el dinero que percibía por concepto de cuota alimentaria cuando su padre se encontraba en vida, para su sostenimiento y el cuidado de la incapacidad física y mental que padece; sin embargo actualmente se encuentra casi en condiciones de indigencia, habida cuenta que su madre también fue declarada en interdicción y el resto de sus familiares carecen de los medios económicos para lograr la manutención de ambas incapaces en condiciones mínimas de

<sup>43</sup> Sentencia T-515A de 2006. Corte Constitucional

<sup>44</sup> Sentencia T-347 de 2011. Corte Constitucional.

dignidad; de hecho pudo esta Sala verificar, que en uno de los informes rendidos por el Instituto de Medicina legal – folio 10 a 13, c.o.- se deja constancia de las condiciones de vida de la representada por el accionante: *“Es difícil la valoración, la madre no permite realizar de forma completa esta, en una casa sucia, descuidada, en una habitación donde permanece la examinada, con basura y humedad, sucia de muchos meses sin aseo, la valorada se encuentra en cama, gritando, no colabora con la examinadora, de bajo peso y talla para su edad, con marcadas deformaciones... es una mujer comenzando la tercera década de la vida, proveniente de un hogar descrito como disfuncional de condiciones socio económicas bajas.”*

Finalmente, en cuanto a los demás requisitos de procedencia de esta acción de tutela, debe aclararse que si bien existen otros medios de defensa judicial, ante la misma autoridad administrativa y, en todo caso, ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa; se ha establecido que la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que la tutela sea improcedente, por cuanto como en el caso, la idoneidad de esos medios judiciales está en entredicho por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la accionante, que representa la inminencia de un perjuicio irremediable, ante la cual esta acción debe abrirse paso como mecanismo transitorio hasta que se resuelva de fondo la solicitud pensional de sobreviviente.

Por lo anterior, este Tribunal confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, modificando los numerales primero y segundo, en el sentido de tutelar el derecho fundamental al debido proceso, mínimo vital y vida digna de la señora Veruska Lobo Noguera, representada por su curador Osvaldo Noguera Rudas y como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Rectora y/o Representante Legal de la Universidad del Atlántico, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, reconozca y cancele la pensión de sobrevivientes a la señora Veruska Lobo Noguera, de acuerdo a la solicitud pensional presentada el 14 de marzo de 2014. Se aclarará que la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, la presente decisión permanecerá vigente mientras que la autoridad competente decide de fondo y definitivamente la solicitud pensional, la cual deberá resolverse dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la notificación del presente fallo; en caso de denegarse, mientras se interpone la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que la niegue, so pena de perder sus efectos.”

**FUENTE NORMATIVA:** Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 2011, T-515<sup>a</sup> de 2006 y T-347 de 2011.

**ACCIONANTE:** Osvaldo Noguera Rudas, actuando como curador

**ACCIONADO:** Universidad Del Atlántico

**FECHA:** Julio 28 de 2014

**RADICACIÓN:** 2014-00203

**DECISIÓN:** Concede como mecanismo transitorio protección tutelar. Ordena el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

-----  
**DEBIDO PROCESO**-No vulneración por inasistencia a audiencia preliminar/**DENUNCIANTE DE CONDUCTA PUNIBLE**-No agoto los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela cuando se formula contra providencias judiciales

**MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA**

**Causa fáctica:** En el presente caso, la parte accionante Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, acudió a la protección tutelar invocando una presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto se tomaron determinaciones en una audiencia preliminar de control de garantías, sin haber sido citados en su calidad de denunciante de la comisión de la conducta punible.

**EXTRACTOS:** “En el presente asunto, el apoderado judicial de la Dirección Seccional de Aduanas de esta ciudad, acudió a la demanda de tutela, invocando una presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, por parte del Juez Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, bajo el argumento que en la audiencia del 8 de mayo de esta anualidad, el Juez accionado dispuso la suspensión del acta de decomiso No. 87-00313 del 20 de marzo de 2013, mediante la cual dicha entidad había decomisado una grúa telescópica de la propiedad de la empresa Astilleros Unidos S.A., resaltando que a dicha diligencia no se les citó pese a que son los denunciante.

Al respecto, el Juzgado accionado afirmó que en efecto celebró esa audiencia, en presencia del Representante de las víctimas quien la convocó y de la Fiscal 46 de la Unidad de Patrimonio Económico, y que además a través de varios oficios ese Juzgado requirió a la entidad accionante a efectos del cumplimiento de la orden emitida en la audiencia del 8 de mayo pasado.

Por su parte, la Fiscalía vinculada relató las labores investigativas dentro de la indagación seguida a los Representantes Legales de las empresas Astilleros Unidos S.A. y Agencia de Aduanas Carga S.A.S., aduciendo que frente al primero, el Despacho archivó la actuación y que esa decisión le fue notificada a la entidad accionante.

Entonces, sea lo primero precisar que la Sala no vislumbra el cumplimiento de los requisitos generales de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra una providencia judicial, toda vez que no se colige que la DIAN haya efectuado todos los medios de defensa que tiene a su alcance, pues aunque no estuvo presente en la audiencia mencionada, ello no constituye una vía de hecho, además que tal decisión le fue notificada a la parte accionante por conducta concluyente y ésta cuenta con la opción de acudir ante el Juez de Control de Garantías y solicitar el levantamiento de la medida cautelar hasta tanto no se decida de fondo el asunto.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en ese evento afirmó que:

“...Y es que al ser una de las funciones del juez control de garantías dar curso y decidir en audiencia preliminar a manera perentoria y urgente los asuntos que no deban ordenarse resolverse o adoptarse en la audiencia de formulación de acusación, preparatoria o juicio oral, los afectados estaban facultados para reclamar ante éste el levantamiento de la medida legalidad de medida cautelar provisional adoptada, pues dentro de sus atribuciones están las de ejercer (i) el control de legalidad sobre los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, (ii) la práctica de una prueba anticipada, o (iii) la petición de medidas cautelares reales, entre otros (artículo 154 Código de Procedimiento Penal), en vigilancia al respeto de los derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos (CSJ SP. 4 Feb 2009. Rad. 30363).



Nótese, a manera de ejemplo, la posibilidad que tienen los afectados con medidas preventivas de carácter personal ordenadas por el propio juez de control de garantías de solicitar ante este mismo la revocatoria de tal restricción (artículo 318 ibidem), situación que podría acoplarse a las medidas provisionales de naturaleza real.

Es decir, que dentro del proceso penal los afectados pueden reclamar sus derechos, y no a través de la acción de tutela como si se tratase de una instancia adicional o alternativa al proceso para la verificación de la legalidad de las actuaciones allí adoptadas, por lo que se entiende que en este asunto no se agotó el presupuesto de subsidiariedad imperante en el trámite constitucional, contrario a lo plasmado por el a quo...”<sup>45</sup> (Subraya fuera del texto).

En este contexto, la Colegiatura infiere que en virtud que la parte actora puede solicitar ante el Juez de Control de Garantías el levantamiento de la medida cautelar, la presente acción de tutela no cumple con el principio de subsidiariedad.

De igual manera, la parte actora manifestó su inconformidad con la decisión que tomó la Fiscalía 46 de la Unidad de Patrimonio Económico, en cuanto archivó la indagación contra el Representante Legal de la empresa Astilleros Unidos S.A., y en relación a este punto, también la parte demandante tiene otro medio judicial, toda vez, que bien puede solicitar el desarchivo.

Es pertinente resaltar, que el legislador señaló la improcedencia de la acción de tutela, cuando el demandante cuente con otro medio de defensa efectivo, a menos que demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, y en este caso ello no se acreditó, aunado a que el solo hecho de tener otros mecanismos, descarta la procedencia de la demanda de tutela contra providencias judiciales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.”

**FUENTE NORMATIVA:** Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de Diciembre de 2013, Rad. 70751, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

**ACCIONANTE:** Dirección Seccional De Aduanas De Barranquilla

**ACCIONADO:** Juzgado Doce Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

**FECHA:** Julio 2 de 2014

**RADICACIÓN:** 2014-00190

**DECISIÓN:** No Concede Protección Tutelar.

**JULIO OJITO PALMA**  
**PRESIDENTE**

**MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO**  
**RELATORA**

<sup>45</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación penal, Sentencia del 10 de diciembre de 2013, Rad. 70751, M.P. Eugenio Fernández Carlier.