



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN 05 DEL 30 DE MARZO DE 2012

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. 1. *Sala Civil*

"(...) EL LEGISLADOR NACIONAL SOLAMENTE INSTITUYÓ LOS RECURSOS DE REVISIÓN Y DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL, QUE SON MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE IMPUGNACIÓN, ESTO ES, POR FUERA DE LAS INSTANCIAS O MEDIDAS DE PROTECCIÓN ORDINARIAS O COMUNES¹. AL SER EXTRAORDINARIO EL RECURSO DE ANULACIÓN, ES DISPOSITIVO Y LIMITADO, YA QUE, POR UNA PARTE, REQUIERE ACTIVIDAD DE PARTE INTERESADA, Y POR LA OTRA, TAN SÓLO PROcede POR LAS ESPECÍFICAS CAUSALES PREVISTAS EN LA LEY PARA ESOS EFECTOS (ART. 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998), DESCRIPTIVAS DE ERRORES RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO (*IN PROCEDENDO*) POR PARTE DE LOS ÁRBITROS.

POR DONDE ADVIENE DIFÍCULTOSO QUE EL JUEZ DE ESTOS RECURSOS IRRUMPA EN ASPECTOS NO PREVISTOS EN LAS RESPECTIVAS NORMAS, O ADELANTE PESQUISAS NO INVOCADAS POR EL INTERESADO, YA QUE ÚNICAMENTE PUEDE MOVERSE DENTRO DE LOS LÍMITES LEGALES DEL MEDIO IMPUGNATIVO Y ACORDE CON LOS DERROTEROS TRAZADOS POR EL RECURRENTE, DEBIDO A LA ESTIRPE DISPOSITIVA DE ESTOS MEDIOS QUE EMANA DE LA PRESUNCIÓN DE ACIERTO QUE COBIJA A LOS FALLOS RECURRIDOS, QUE SE TRADUCE EN CONSIDERAR QUE FUERON BIEN APRECIADOS LOS HECHOS Y DEBIDAMENTE APLICADO EL DERECHO. DE LO CONTRARIO, QUEDARÍA DESVIRTUADO EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO DEL RECURSO PARA ABRIR PASO A UNA INSTANCIA ADICIONAL, QUE ES PRECISAMENTE LO REHUSADO PARA LA NATURALEZA ESPECIAL Y ORGANIZACIÓN DEL ARBITRAJE".

1. Antes de entrar al análisis de las causales de anulación resumidas, es pertinente reiterar que el proceso arbitral, heredado por el mundo moderno desde tiempos remotos que acaso se confunden con el origen de los primeros Estados, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, para cuyo efecto las partes de un contrato o de un conflicto, acuerdan someter a un tribunal de arbitramento, que transitoriamente es investido de la función de administrar justicia, la decisión de un eventual conflicto futuro que pueda surgir de un negocio jurídico, caso en que se denomina cláusula compromisoria, que puede establecerse en el respectivo contrato o en anexo, o de un conflicto presente en que ya están involucradas, evento en que el pacto se denomina compromiso (artículos 115, 117, 118 y 119 del decreto 1818 de 1998).

¹Según el diccionario de la lengua española, en una de las acepciones, "extra" es un prefijo latino que significa "fuera de" (vigésima segunda edición, 2002).

La sentencia de los árbitros o laudo arbitral se profiere en un proceso declarativo de única instancia, por su carácter alternativo a los procesos adelantados por la Rama Judicial, y aunque algunos sostienen que deben consagrarse recursos ordinarios contra el laudo, lo cierto es que el legislador no lo permite, para resguardar ese rasgo de una sola instancia, que se justifica porque las partes renuncian de antemano a la facultad de acudir a la administración de justicia por la vía institucional, y saben que no gozan de recurso de apelación, amén de que se sometería el arbitraje a la actividad procedural ordinaria, que no es propia de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos.

2. De ahí que por esas particularidades, el legislador nacional solamente instituyó los recursos de revisión y de anulación contra el laudo arbitral, que son medios *extraordinarios* de impugnación, esto es, por fuera de las instancias o medidas de protección ordinarias o comunes². Al ser extraordinario el recurso de anulación, es dispositivo y limitado, ya que, por una parte, requiere actividad de parte interesada, y por la otra, tan sólo procede por las específicas causales previstas en la ley para esos efectos (art. 163 del decreto 1818 de 1998), descriptivas de errores relacionados con el procedimiento (*in procedendo*) por parte de los árbitros.

Por donde adviene dificultoso que el juez de estos recursos irrumpa en aspectos no previstos en las respectivas normas, o adelante pesquisas no invocadas por el interesado, ya que únicamente puede moverse dentro de los límites legales del medio impugnativo y acorde con los derroteros trazados por el recurrente, debido a la estirpe dispositiva de estos medios que emana de la presunción de acierto que cobija a los fallos recurridos, que se traduce en considerar que fueron bien apreciados los hechos y debidamente aplicado el derecho. De lo contrario, quedaría desvirtuado el carácter extraordinario del recurso para abrir paso a una instancia adicional, que es precisamente lo rehusado para la naturaleza especial y organización del arbitraje.

(...)

4. Cumple recordar que la citadas causales de anulación, prevén formas de incongruencia de los laudos arbitrales, hacen alusión a vicios de actividad (*in procedendo*) que vulneran el principio de congruencia previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que a su vez es un desarrollo del principio dispositivo, de cuyo tenor emerge que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades pertinentes, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, sin que pueda "*condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto de lo pretendido, ni por causa diferente a la invocada en ésta*".

De acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, el yerro en este sentido debe surgir al comparar el fallo con las pretensiones y los hechos de la demanda o los hechos que configuran excepciones, para determinar si hay desarmonía clara entre aquél y estos aspectos, desde luego que en el cotejo no es dable examinar errores sustanciales o de juicio. La falta de consonancia entre lo pedido y lo resistido, se configura cuando, como reiteradamente ha explicado la jurisprudencia, la sentencia es excesiva por proveer más de lo pedido (*ultra petita partium*); o cuando provee sobre peticiones no formuladas por las partes o por hechos distintos de los invocados en la demanda (*extra petita partium*); o en el evento en que la sentencia es diminuta u omisa por dejar de pronunciarse sobre

²Según el diccionario de la lengua española, en una de las acepciones, "extra" es un prefijo latino que significa "fuera de" (vigésima segunda edición, 2002).

peticiones de la demanda o sobre excepciones formuladas por el demandado o que debe reconocer de oficio (*citra o minima petita partium*).

(...)

8. Y no sobra agregar alrededor de los anteriores puntos, que quien acuse un fallo de inconsonante edifica en el viento cuando invoca ese vicio por temas de motivación contenidos en la parte considerativa de la decisión, por ser claro que si el juez en su decisión, *verbi gratia*, deniega las pretensiones o las excepciones, resuelve sobre ellas, así en últimas el recurrente considere que la interpretación pueda tener defectos, por supuesto que en evento semejante la impugnación no fundaría incongruencia que, cual quedó visto, es yerro de procedimiento. A lo sumo se referiría a un error sustantivo o de juicio, en la medida en que tendría relación con el estatuto sustantivo aplicable, así como valoraciones probatorias.

Con razón señaló Hernando Morales Molina, la incongruencia "nunca puede recaer en materia de motivación, porque la causal segunda se refiere al fallo excesivo, incongruente u omiso, puntos que inciden exclusivamente en la resolución. La Corte dice: 'para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el **examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo**' (LXXVIII, 882)"³ (resaltado es del texto).

(...)

1. Para proveer el tercer ataque contra el laudo arbitral, fundado en el numeral 4º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, conviene recordar que dicho precepto prevé ese motivo de anulación para los eventos en que "sin fundamento legal se dejan de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos".

Hipótesis de invalidez del juicio arbitral que no puede edificarse por cualquier invocación de desatino en la actividad probatoria, en la medida en que necesita la concurrencia de las siguientes exigencias:

a) La comisión del error consistente en que *sin fundamento legal*, vale decir, sin razón o motivo en qué apoyarse⁴, se dejan de decretar pruebas solicitadas en oportunidad, o de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas. Así ocurriría con el abandono del decreto de pruebas pedidas en la forma y tiempo debido, o la dejación de las diligencias necesarias para practicar unas pruebas ya decretadas.

En este punto, rememórase que los momentos procesales para pedir la práctica de pruebas están determinados en la ley procesal, como son la demanda, su contestación y la réplica a las excepciones, además de otros períodos específicamente previstos.

b) La trascendencia de las desatenciones, por cuanto la norma prevé "*siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión*", esto es, que repercutan en el

³ Técnica de Casación civil, segunda edición; Bogotá, ediciones Rosaristas, 1983, página 186.

⁴ Según el diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición (2002), una de las acepciones de fundamento es: "Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo".

sentido de la misma, lo que implica que no puede invalidarse el fallo con base en yerro indiferentes, o sea, aquellos que no interfieren en la resolución misma, con independencia de la interpretación de la ley y la valoración del acervo probatorio.

c) Otro requisito es la carga de la parte interesada para tratar de evitar el yerro, pues le incumbe solicitar al tribunal de arbitramento la rectificación de las falencias en la oportunidad correspondiente, y que éste se empecine en mantener su proceder, porque tal conclusión es la que se infiere del precepto al establecer, además, que "*el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos*", y cuyo propósito es evitar que las anomalías en ese orden se empleen con posterioridad para reversar la actuación arbitral, ya que se iría contra el conocido principio procesal de preclusión o eventualidad, conforme al cual para que los actos procesales sean válidos y eficaces deben ejecutarse en el segmento temporal respectivo, no antes ni después, so pena de ser extemporáneos, pues las etapas de un proceso transcurren en una especie de esclusas sucesivas, de tal manera que superada una se cierra definitivamente para dar paso a la siguiente sin que pueda retrotraerse el trámite para volver sobre actuaciones anteriores, en atención a la necesidad de mantener la seguridad y certeza que reclama para sí la función encomendada a la administración de justicia⁵.

(...)

Conforme al precepto 163-6 del decreto 1818 de 1998, la causal se configura cuando los árbitros profieren fallo "*en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*", esto es, que al revisarse éste se aprecien dos cosas: a) que los árbitros se desentienden por completo de la ley y los elementos fácticos acreditados en el expediente, pues así es como se tipifica el fallo "*en conciencia*"; y b) que esa forma de sentencia aflore de manera ostensible e incontrovertible, porque el precepto exige que tal circunstancia sea "*manifiesta en el laudo*".

(...)

1. Referente a los reparos efectuados al laudo con base en la causal 7^a del precepto antes referido, que se verifica cuando la parte resolutiva contiene "*errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento*", cabe destacar que se denuncian yertos matemáticos y de contradicciones en la solución que los árbitros dieron al caso, siendo necesario analizar las distintas hipótesis en forma separada.

Para comenzar con el error aritmético, rememórase que no cualquier situación puede ser catalogada como tal, antes bien, tan sólo aquellas que demuestran los desatinos del juez al efectuar las operaciones matemáticas, vale decir, los cálculos o cómputos para obtener una cifra concreta, yerro que no puede invocarse con el fin de introducir modificaciones o enmiendas en el análisis jurídico o la valoración probatoria efectuada por el juzgador, pues si para tratar de buscar la equivocación matemática es menester ahondar en la cuestión sustancial, al punto de pretenderse alterar la decisión, entonces no se estaría frente a la hipótesis contemplada en la norma legal básica sobre este tópico, el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, según el cual debe tratarse de un "*error puramente aritmético*" (inciso primero), esto es, estrictamente o meramente, que son significados castizos del adverbio *puramente*⁶.

⁵ Entre otros, autos de esta Sala de 17 de octubre de 2003, Rad. 11001310301419963103 01; 18 de junio de 2004, Rad. 11001310302819981321 02; 1º de julio de 2008, Rad. 110013103035-2003-00762-02; y 30 de septiembre de 2011, Rad. 110013103023-2003-00076-02.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, edición ya citada.

La jurisprudencia ha enfatizado cuál es la naturaleza de falla semejante, pues ha considerado la Corte desde antiguo, en varias ocasiones y por lo menos desde 1895⁷, que el mismo "es el que resulta de la operación aritmética, que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habrá pues error numérico en la suma de diez y nueve formada de los sumandos diez, seis y cuatro; pero no lo habrá si de esos mismos sumandos se forma u obtiene la suma veinte,...". En discernimiento equivalente ha insistido que "la corrección numérica ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en la base del fallo, porque de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que so pretexto de una corrección numérica, se pretendiese fuera de tiempo una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos"⁸.

También dijo el Tribunal de Bogotá, que se trata de una simple equivocación numérica, no la negación o aceptación de una partida, pues "desde que medien motivaciones distintas a las simplemente aritméticas, el error no es puramente aritmético"⁹.

(...)

4. Continuando el estudio de la causal de anulación, precisase que las contradicciones susceptibles de invalidar la decisión de los árbitros son aquellas que están condensadas en la parte resolutiva del laudo arbitral, y que comportan la imposibilidad de ejecutar la providencia, ya que como ha doctrinado la Corte Suprema de Justicia, en estudio de similar causal de casación, de manera tradicional, "el fundamento jurídico de la causal tercera de casación ha residido, únicamente, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas (Cas. Civ. de 6 de julio de 1944, G.J. No. 2010, pág. 428; Cas. Civ. de 22 de febrero de 1973, G.J. Tomo CXLVI, pág: 43)... " (subrayado es del texto)¹⁰.

Por eso, también ha puntualizado la Corte que para configurarse esta causal deben estar "en la parte resolutiva del fallo disposiciones o declaraciones notoriamente contradictorias, que hagan imposible su cumplimiento, como cuando 'una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago'...", y que la acusación no puede abrirse paso "si la contradicción que existe es más aparente que real, es decir, cuando se puede superar mediante una lógica y razonada interpretación del conjunto de la sentencia"¹¹.

⁷ Gaceta judicial XI, página 179; criterio reiterado en casación de 11 de febrero de 1937, Gaceta No. 1918, página 470. Cita de Jurisprudencia de la Corte Suprema, Tomo III.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, auto de 3 de agosto de 1949, G.J. No. 2077, tomo LXVI, página 782; tesis reiterada en proveído de 25 de septiembre de 1973, Gaceta CXLVII.

⁹ Auto de 1º de febrero de 1984, M.P. Carlos Rojas Vargas, citado en el C.P.C. comentado por don Armando Jaramillo Castañeda, Bogotá, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2005.

¹⁰ Casación civil de 15 de junio de 1995, exp. 4398 (MP Rafael Romero Sierra), Gaceta Judicial, Tomo CCXXXIV - Número 2473, página 848; en el mismo sentido, casaciones de 20 de noviembre de 1995, exp. 4409 (MP Javier Tamayo Jaramillo), Gaceta Judicial Tomo CCXXXVII, No. 2476 Vol.II, pág.1383; y 15 de abril de 1997, exp. 4422 (MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss), Gaceta CCXLVI - Número 2485.

¹¹ Casación civil de 22 de mayo de 1997, exp. 4653 (MP José Fernando Ramírez Gómez), que reitera, entre otras, la casación de 11 de mayo de 1984.

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 115, 117, 118 Y 119 DEL DECRETO 1818 DE 1998.
ARTÍCULOS 305 y 310 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
CASACIONES CIVILES DE 6 DE JULIO DE 1944 Y 22 DE FEBRERO DE 1973

FECHA: 2011-11-24
PROCESO: RECURSO DE ANULACION
PONENTE: DR. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
DEMANDANTE: CONEXCEL S.A.
DEMANDADO: COMCEL S.A.
RADICACIÓN: 110012203000-2011-00780-00

1.2. 1. Sala de Familia

“TEÓRICAMENTE LAS ACTAS DE REGISTRO RECOGEN LA REALIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DE LOS INSCRITOS, SON INSTRUMENTOS PÚBLICOS CUYA AUTENTICIDAD Y PUREZA SE PRESUME POR ESTIPULACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DEL DECRETO 1260 DE 1970, DE AHÍ QUE UNA VEZ AUTORIZADAS LAS ACTAS DE INSCRIPCIÓN DEL ESTADO CIVIL, “SOLAMENTE PODRÁN SER ALTERADAS EN VIRTUD DE DECISIÓN JUDICIAL EN FIRME, O POR DISPOSICIÓN DE LOS INTERESADOS EN LOS CASOS, DEL MODO Y CON LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS EN EL DECRETO” QUE REGULA EL ESTADO CIVIL (ARTÍCULO 89 DECRETO 1260 DE 1970).

(...)

El demandante cuenta con dos registros de nacimiento, uno sentado el 12 de julio de 1995, en la Notaría 24 del Círculo Notarial de Bogotá y otro el 14 de agosto de 1996 en la Registraduría del Estado Civil de Aguazul Casanare, no obstante la información consignada en el segundo es la que corresponde a la verdad.

Por lo tanto, se hace necesario cancelar el segundo registro y corregir el primero, trámite que se intentó realizar por la vía administrativa pero la Registraduría Nacional del Estado Civil se negó a ello.

(...)

Pese al escrupuloso legislativo al regular la inscripción del estado civil, en las actas respectivas puede incurrirse en errores de diversa índole, falencia a la que responde la figura jurídica de la corrección del registro, autorizada en el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970 con el fin de adecuar los registros públicos a la realidad de la persona a quien se refieren.

Tres modalidades de corrección de las actas prevé el estatuto del registro civil, ellas son:

1. Corrección por vía administrativa: De competencia del funcionario que realizó la inscripción a solicitud escrita del interesado y sólo para corregir errores mecanográficos, ortográficos y aquellos que se establezcan con la comparación del documento antecedente o con la sola lectura del folio (artículo 91 del Decreto 1257 de 1970).
2. Corrección mediante escritura pública: Otorgada por el interesado, quien expresará en ella los motivos o razones de la corrección, siempre y cuando no conlleve a cambios o alteración del estado civil y claro está, con el fin de adecuar las actas a la realidad.
3. Corrección de actas por vía judicial: Las correcciones distintas a las anteriores deberán tramitarse por vía judicial en cuanto lleven implícito un cambio en el estado civil, ya sea a través de las acciones ordinarias de reclamación, impugnación o anulación en proceso ordinario o especial y cuando no se produzca contención, a través del proceso de jurisdicción voluntaria de competencia de los Jueces de Familia, tal como está previsto en el artículo 649 del C. de P. C., en su numeral 11, conforme al cual “Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos: (1...); 11.- La corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios del registro de aquél, según el Decreto 1260 de 1970”.

En este orden de ideas con el fin de proteger la realidad personal y familiar del demandante, se ordenará dejar vigente el registro civil de nacimiento inscrito a nombre de **ULDARICO RODRÍGUEZ GUZMÁN** correspondiente al indicativo serial 2497277 de la Registraduría del Estado Civil de Aguazul Casanare. En tal sentido debe oficiarse a las autoridades competentes".

(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 1°, 89, 91, 96, 103 Y 104 DECRETO 1260 DE 1970

: ARTÍCULO 91 DEL DECRETO 1257 DE 1970

: ARTÍCULOS 177, 649, 85 DEL C.P.C.

: ARTÍCULO 213 DEL C.C.

FECHA

: 2012-03-07

PROCESO

: CORRECION DEL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO

PONENTE

: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

DEMANDANTE

: ULDARICO RODRÍGUEZ GUZMÁN

RADICACIÓN

: 11001-31-10-020-2011-00058-01

DECISIÓN

: REVOCAR

1.3. 1.

Sala Laboral

"AHORA BIEN, EL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 401 DEL C. S. T., ESTABLECE LA "REDUCCIÓN DE LOS AFILIADOS A UN NÚMERO INFERIOR A VEINTICINCO (25), CUANDO SE TRATE DE SINDICATOS DE TRABAJADORES", COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DEL SINDICATO; NORMA QUE PARA EL JUICIO ENTRARÍA EN CONTROVERSIAS CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, PUES SU APLICACIÓN EN EL PRESENTE CASO IMPLICARÍA AVALAR EL ACTUAR DEL EMPLEADOR, ESPECÍFICAMENTE, EL QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN; EN OTRAS PALABRAS, ESTA SALA NO PUEDE DAR APLICACIÓN INDISCRIMINADA AL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 401 DEL C. S. T., SIN TENER EN CUENTA QUE LA DISMINUCIÓN DEL SINDICATO ES IMPUTABLE AL EMPLEADOR Y SOSLAYANDO LOS DEBERES CONSTITUCIONALES, ESPECÍFICAMENTE, GARANTIZAR LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO LO ESTABLECE SU ARTÍCULO 4º. (...)

(...)

Luego de revisadas las demás diligencias y realizar un ejercicio comparativo, se tiene que de los 52 trabajadores que pertenecían al sindicato, 20 integrantes se adhirieron a los acuerdos de jubilación anticipada propuestos por CHIVOR S. A. E.S.P., a sus trabajadores (folios 145 a 242 del cuaderno 4); 13 integrantes se adhirieron al pacto colectivo en el espacio entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2006, así como a marzo de 2007, de lo que obra constancia en las comunicaciones que obran a folios 24 a 35 del cuaderno 3 y en el acta 2 de la asamblea general de trabajadores no sindicalizados que obra a folio 305 del cuaderno 3; y 2 integrantes del sindicato se acogieron al plan de retiro voluntario (folio 8 del cuaderno 3) para un total de 41 integrantes según consta en el expediente.

Deviene de ello, afirmar que las ofertas extra convencionales propuestas por CHIVOR S. A. E.S.P., estimularon en los integrantes del sindicato la voluntad de su retiro. Es evidente que tocaron y mejoraron las aspiraciones y necesidades del individuo en general como es la pensión, vivienda, educación, salario y salud, en varios casos seguidos de considerables bonificaciones en dinero, a las que solo podía aspirarse durante un lapso de tiempo limitado como se observa en la misiva obrante a folio 85 del cuaderno de contestación.

Y aunque no se observa un estímulo directo, en el expediente si se observa un indicio en contra del empleador, pues mientras invocó la denuncia de la convención colectiva sobre los beneficios de pensión de jubilación y los servicios de salud por considerar que eran muy onerosos (folios 229 a 240), es claro que los mejoró en el pacto colectivo con vigencia 2006-2010, y además, los mantuvo por 4 años respecto de mas trabajadores no sindicalizados.

Luego, no observa esta Sala cuáles fueron las razones objetivas y justificables que llevaron a la sociedad a ofrecer y mejorar las reivindicaciones laborales consignadas en la convención colectiva con propuestas como las depositadas en el pacto colectivo.

Recordemos que la convención colectiva de trabajo se deriva de un acuerdo de voluntades o la disposición de un tercero, según el sea el caso, y con él, se busca regular las relaciones surgidas entre trabajadores y empleadores. Particularmente, la convención colectiva emana del derecho de

asociación y su contenido busca formalizar cierto equilibrio en la relación laboral, por lo que allí se consignan y ratifican unos derechos y garantías a favor del trabajador.

En un Estado democrático fundado en la libertad y la igualdad, el derecho de asociación, que para el caso Colombiano es del orden fundamental como lo establece el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia, busca garantizar que los individuos que se ven identificados tengan la oportunidad formalizar una organización con ánimo permanente y con miras a obtener fines comunes y legítimos, como es el caso de los sindicatos (artículo 39 ibidem). Luego el ingrediente principal que deberá estimular la vinculación a cierto grupo, será el elemento que los identifica y la defensa del interés común.

La Corte Constitucional ya había definido el derecho de asociación sindical, específicamente, en sentencia C-1491 de 2000 reiteró:

“el derecho de asociación sindical en Colombia es un derecho fundamental, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, como quiera que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifique y los una en defensa de los intereses comunes de profesión u oficio, sin autorización previa de carácter administrativo o la injerencia o intervención del Estado o de los empleadores, conforme lo consagran los artículos 39 y 55 de la Constitución Política”.

Y es que el mismo Constituyente de 1991 elevó a la categoría de norma constitucional “...la mayoría de los principios y valores consagrados en las recomendaciones y convenciones de la O.I.T., en especial los Acuerdos o Convenciones números 87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización de 1948, 98 sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva ; y, el 151 sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, y que han sido incorporados a la legislación colombiana en virtud de las leyes 26 y 27 de 1.976 y 411 de 1.997.”¹²

De esta suerte tenemos como parte de nuestra legislación interna los Convenios de la O. I. T., 087 de 1648, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, ratificado el 26 de septiembre de 1976, Registro de Ratificación número 16.11.76 y 098 de 1949, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva, ratificado por la Ley 27 de 1976, con Registro de Ratificación 116.11.76.

Así pues, de conformidad con el artículo primero del Convenio 87, (Trigésima Primera Reunión, San Francisco, 17 de junio - 10 de julio de 1948), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación tenemos en la Parte Primera, sobre libertad sindical, lo siguiente:

“Artículo 1º

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para la cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes:

Artículo 2º

*Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen 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.*¹³

Por su parte, el Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, dispuso:

“Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

¹² Op.Cit.

¹³ Fecha de entrada en vigor: 4 de julio de 1950

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Artículo 2

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores".¹⁴

De allí que el legislador viera la necesidad de sancionar penalmente cualquier conducta que pudiera vulnerar el derecho de reunión y de asociación dentro del título III, capítulo octavo del código penal "De los delitos contra la libertad de trabajo y asociación":

"ARTÍCULO 200.- Violación de los derechos de reunión y asociación. Modificado por el art. 5, Ley 1309 de 2009, Modificado por el art. 26, Ley 1453 de 2011. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en multa".

Por lo que no es dado utilizar medio alguno, legítimo o ilegítimo, con el fin de evitar el propio y libre desarrollo de una organización sindical y con ocasión a ello, será deber del Estado y de los particulares garantizar la prevalencia del derecho fundamental.

Como se ha observado en el estudio probatorio del presente caso, CHIVOR S. A. E.S.P., mediante diferentes propuestas extra convencionales mejoradas, estimuló el retiro voluntario, la jubilación anticipada y la adherencia a un pacto colectivo que fomentó el retiro de los integrantes del sindicato, pues sea del caso acotar, no se tiene conocimiento de otro motivo para su desafiliación, como el dejar de compartir una identidad o la defensa de un interés común. De tal suerte, que se observa una injerencia que no garantizó la autonomía, organización y funcionamiento del sindicato, tanto, que se vio abocado a su extinción.

Por lo tanto, considera esta Sala que se encuentra plenamente vulnerada la Constitución Política de Colombia, en tanto se infringen los derechos fundamentales de asociación y a constituir sindicatos".
(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 401 DEL C.S.T.

: ARTÍCULO 5° LEY 1309 DE 2009
: ARTÍCULO 26 LEY 1453 DE 2011
: ARTICULOS 4° 14, 15 Y 215 DE LA C.P.
: SENTENCIA C1491 DE 200 DE LA C.C.

FECHA : 2011-08-19
PROCESO : ESPECIAL SUMARIO DISOLUCIÓN LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE SINDICATO
PONENTE : Dr. JORGE ALBERTO GIRALDO GÓMEZ
DEMANDANTE : AES CHIVOR & CIA S. C. A. E. S. P.
RADICACIÓN : 005 2006 01163 01

¹⁴ Fecha de entrada en vigor: 18 de julio de 1951

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000017201106931 01(23-03-12) FLAGRANCIA - Rebaja de pena por allanamiento - improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 – Diferenciación establecida por la norma no viola derecho a la igualdad – Aplicación de norma.

“5.5.1. Dentro de los motivos de inconformidad lacónicamente el censor esgrime que la distinción que se hace frente a quienes son capturados en situación de flagrancia y los aprehendidos en virtud de orden previa, conculca el derecho fundamental a la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Pues bien, a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador anunció tres oportunidades para que el imputado pueda allanarse a los cargos: 1). En la audiencia de imputación (artículos 288-3 y 351 inciso 1); 2). En la audiencia preparatoria (artículo 356-5), y 3). En el juicio oral (art. 367 inc. 2). De igual modo, precisó tres momentos para realizar preacuerdos con la Fiscalía General de la Nación a través de sus Delegados: 1). En la audiencia de imputación (artículo 351); 2). Presentada la acusación (radicación escrito) y hasta el instante en que el acusado sea interrogado en la apertura del juicio oral respecto de la aceptación de la responsabilidad (artículo 352); y 3). En el juicio oral, por intermedio de las llamadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas (artículo 369).

Revisadas las normas en comento claramente se observa que el legislador contempló la misma rebaja para las dos especies de aceptación, en el primero momento (allanamiento y preacuerdo); para el segundo, previó hasta 1/3 parte en tratándose de allanamiento a cargos y de 1/3 parte para el preacuerdo y para el tercero, de 1/6 parte si es allanamiento y la establecida por el fiscal cuando se trata de culpabilidad preacordada.

5.5.2. Luego con la emisión de la disposición respecto de la que se demanda la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, producto de la expresión del poder de configuración del legislador, quien consideró que ante el poco aporte de las personas capturadas en situación de flagrancia a la sentencia condenatoria, la rebaja debe ser menor (una cuarta parte), por cuanto ante dicha situación existe comienzo de prueba para definir la autoría y responsabilidad en el hecho y en cuyo texto vale la pena traer a colación, se produjo un cambio sustancial frente al allanamiento a cargos y los preacuerdos efectuados por o con personas que han sido aprehendidas en flagrancia; ley que dada su falta de claridad, como lo bien lo señala el recurrente viene generando diferentes interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, quienes no estamos llamados a legislar o a suplir los vacíos, sino obligados a aplicar la norma vigente, obviamente, cuado no mengua el orden constitucional.

“Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

Ese poder de configuración del legislador indefectiblemente lo faculta para efectuar modificaciones como acontece con la norma en comento, cuyos efectos se ven reflejados en la pena, entre quien es sorprendido en situación de flagrancia y quien no lo es.

El no compartir el trato que se da al primero respecto del segundo, bajo el entendido que se trata de una distinción odiosa, considera la Sala que no es argumento suficiente para deprecar la excepción de inconstitucionalidad, pues la diferenciación de acuerdo a la exposición de motivos del Proyecto N° 164 de 2010 (Senado), publicado en la Gaceta del Congreso de la República N° 737 del 5 de octubre de 2010, encuentra su fundamento en que resulta paradójico que quien acepta los cargos siendo capturado en flagrancia y quien no, obtengan la misma rebaja de pena; cuando son dos situaciones procesales bien distintas.

“h). Se modulan los beneficios en caso de flagrancia, pues en la actualidad si se aceptan cargos se puede acceder a la misma rebaja cuando aquella no se presenta, lo cual es absurdo”.

5.5.3. En ese contexto es acertado darles un trato diferente por no encontrarse en situaciones similares, pues se repite, una persona es capturada en situación de flagrancia y la otra en virtud de orden previa.

Darles el mismo tratamiento, sí quebrantaría la filosofía de la figura jurídica que nos ocupa (allanamiento o preacuerdos), que no es otra, que a mayor colaboración, mayor economía procesal y por lo tanto, más representativa ha de ser la rebaja. Por consiguiente, racional y justificado resulta el trato diferenciado, sin que con ello se desconozca el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

A dicha conclusión se arriba al advertir, que resulta desatinado que se otorgue un beneficio superior a la persona que ha sido capturada en situación de flagrancia, cuyos cargos ya se encuentran definidos en la acusación y donde hubo un desgaste de la Administración de Justicia, toda vez que la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, surtió la etapa de investigación; a quien libre, voluntaria, espontánea, conscientemente y debidamente asesorado por su defensor desechó la primera ocasión para admitir la responsabilidad en un período donde apenas está estructurándose la imputación.

Ese no fue el querer del legislador al expedir la Ley 1453 de 2011 (Seguridad Ciudadana), donde por razones de política criminal castiga con mayor severidad algunos delitos que a diario generan alarma social y restringe algunos beneficios y subrogados a quienes ostentan la calidad de reincidentes (registran condenados por delitos doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores) o han sido

condenados por determinadas conductas que afectan la administración pública, el patrimonio económico y el orden económico y social, entre otros.

5.5.4. Sean las anteriores razones argumentos más que suficientes para no dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad que depreca el impugnante, pues las diferentes opiniones o interpretaciones que se suscitan y los efectos que se le asignan, no se imponen sobre el imperio de la ley a que estamos sometidos los funcionarios judiciales en las providencias, claro está, siempre y cuando no se tornen contradictorias, pues en ese caso, resulta un imperativo determinar cuál prevalece ante la afectación de un precepto constitucional; aspecto que no se evidencia.

(...)

5.6.2. Confrontada la decisión recurrida con los argumentos vertidos por el censor encuentra la Colegiatura, que asiste razón al juez de instancia al asegurar que no resulta viable la reducción de la pena en 1/3 parte, pues al momento de efectuarse el preacuerdo no se tuvo en cuenta la tercera regla que se originó a partir de la expedición de la Ley 1453 de 2011, de la que se desprende sin lugar a elucubraciones que la persona que ha sido capturada en situación de flagrancia, solo tiene derecho a una 1/4 parte de la rebaja de la pena de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, no a la mitad 1/2 que allí se menciona o a la 1/3 tercera parte que refieren los artículos 352 y 356 numeral 5º *ejusdem*, como sucede en el *sub lite*, donde equivocadamente se hace un descuento superior al autorizado, por vía de reconocerle expresamente ese porcentaje como lo manda el artículo 356.

El artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, no solamente modificó el contenido de los artículos 351 y 352, sino además el 356, numeral 5º y 367 inciso 2º de la Ley 906 de 2004, sobre los montos de rebaja de pena para los casos de captura en flagrancia, **eventos para los cuales siempre se debe reconocer única y exclusivamente 1/4 parte del total de la pena a imponer.**

5.6.3. Revisado el delito por el que se procede, esto es, tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, se advierte que la pena del tipo básico oscila entre 128 y 360 de prisión y multa de 1.334 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales, como lo dispone el inciso 1º del artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.

Entonces, si la 1/4 parte de 128 meses, que es el mínimo a imponer por ese delito, corresponde a 32 meses, surge de bullo que al acordarse una pena de 82 meses y 12 días de prisión, como resultado del mecanismo de justicia consensuada, se afecta notoriamente el principio de legalidad de la pena, porque se supera el tope máximo de rebaja autorizado por la Ley 1453 de 2011, habida cuenta que la sanción negociada en este caso no puede ser inferior a 96 meses, resultante de descontarle a 128 meses una 1/4 parte, toda vez que al tenerse en cuenta la rebaja de 1/3 parte, sin consideración a que fue capturado en flagrancia, viola la disposición aludida, puesto que la rebaja nunca puede ser superior a 1/4 parte de la pena a imponer, como lo refiere el canon en comento, cuando la captura se ha dado en flagrancia.

5.6.4. Hacerlo como lo hizo el Fiscal con el imputado y su defensor, es sencillamente aplicar las normas anteriores consagradas en el Código de Procedimiento Penal, artículo 351, 352 y 356 numeral 5º y 367 inciso 2º de la Ley 906, referentes a las negociación, sin valorar que la Ley 1453 de 2011, incluyó una nueva limitación en el artículo 57 que debe tenerse en cuenta no solamente para cuando se trate de negociar porcentajes de pena a disminuir, sino también, para consensuar posibles readecuaciones más benignas de la conducta o exclusión de agravantes, que pueden implicar reducciones de penas mayores a las autorizadas por esta nueva norma, como se presenta en algunos eventos.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

.2. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Radicación: 1100160000152011 10223 01 (01-11-11)
VIOLACIÓN DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL – Tipicidad – Ingredientes normativos – Circunstancias modales para su configuración – Circunstancia de agravación: Obtener provecho / NORMAS SUPRANACIONALES – Aplicación Y jerarquía / SECRETO EMPRESARIAL O COMERCIAL – Noción.

“**5.2.** Con miras a solucionar el problema principal planteado, debe la Sala inicialmente tener en cuenta la premisa jurídica y expresar sobre el particular que el Código Penal consagra dentro de los atentados contra el Orden Económico y Social, el delito de **Violación a la Reserva Industrial o Comercial**, (artículo 308), cuyas conductas consisten en **emplear, revelar o divulgar** descubrimiento o invención científica, proceso o **aplicación industrial o comercial** y define entre sus elementos estructurantes, dos ingredientes normativos, para su configuración: Que esa divulgación recaiga sobre: **(1) descubrimiento o invención científica o (2) proceso o aplicación industrial o comercial.**

Adicionalmente dicha conducta ilegal se configura bajo dos circunstancias modales: **(1)** que esa información haya llegado a su conocimiento, en razón de su cargo, oficio o profesión y **(2)** que deba permanecer en reserva. Esas dos circunstancias modales son indispensables para que se tipifique el delito de violación de reserva industrial o comercial. ...

(...)

5.2.1. En ese orden de ideas, existiendo consenso entre todos los intervenientes, sobre la calidad de Gerente Técnico que ocupó el procesado **Yuri Aldemar Torres Pinzón** en la empresa **Wacolda S.A.** desde el 10 de agosto del 2004 hasta el 24 de marzo del 2006, fecha de su retiro de la compañía y acreditado tanto por testigos de Fiscalía, como por testigos de defensa, que en esa calidad tenía acceso a toda la información privilegiada, dentro de la cual se encontraba la base de datos integrada por la información electrónica sistematizada sobre el estado de clientes, pólizas, vigencias y fechas de vencimiento de las mismas; clientes que indiscutiblemente hacían parte de la plataforma de usuarios de la empresa; fácil es advertir que en este evento nos encontramos frente a una conducta de **violación de**

reserva comercial, por el empleo y divulgación de un proceso de aplicación comercial, constituido por una base de datos, que tenían el carácter reservado y que llegó a conocimiento del trabajador en razón de su cargo de Gerente Técnico de **Wacolda S.A.**

Por lo tanto, sencillo es concluir que en principio se podría configurar el delito ya descrito, de llegarse a demostrar no solamente que esa información que tenía el carácter de reservada, se plagió indebidamente, sino además, que el procesado así lo conoció durante su permanencia en la compañía y pese a ello irregularmente la extrajo a través del copiado en un dispositivo de almacenamiento externo (USB), marca **Lexar Media**; información que era conservada en un archivo formato Excel, individualizado como “**BASE DE DATOSCLIENTES.XLS**”, donde se almacenaban más de tres mil registros de clientes de la empresa **Wacolda S.A** y que divulgó a la competencia: **Afianseng Ltda**, utilizando no solamente en provecho propio, sino de un tercero, la nueva compañía a la que se vinculó laboralmente, luego de su salida de **Wacolda S.A.**, (a finales del mes de marzo del 2006).

(...)

5.2.4. Pero además se esclareció que a la información de la compañía **Wacolda S.A.**, se accedió a través del computador personal de Torres Pinzón, quien la sustrajo, empleándola como ya se dijo y se reitera, en provecho propio y de su nueva empleadora, ofreciendo servicios de aseguramiento a costos más bajos, a clientes de **Wacolda S.A.**, favorecimiento que permitió que se trasladaran de empresa y contrataran algunas pólizas de seguros con la nueva corredora sobre ventajas comerciales que ofrecían a partir de los precios, valores y fechas de vencimiento consignados en la información obtenida fraudulentamente.

5.2.5. Desde luego, tiene razón el impugnante de la defensa al advertir que el Acuerdo 486 de Cartagena no es una norma de derechos humanos y por lo tanto, no puede hacer parte del Bloque de Constitucionalidad. No empece, como lo advierte la defensa es una norma supranacional, derivada del Acuerdo de Conformación de la Comunidad Andina de Naciones y por lo tanto, derecho supranacional, pero igualmente obligatorio y de imperativo acatamiento para los países integrantes del pacto, entre los cuales se encuentra vinculado Colombia, por formar parte de la CAN.

Es precisamente allí en esa norma supranacional que deroga, adiciona y modifica las internas que le sean contrarias o insuficientes, propias del ordenamiento comercial de cada país, referentes al registro de marcas, patentes e invenciones industriales, comerciales y científicas, en la que se define, qué se entiende por “**secreto empresarial o comercial**”.

Es que el artículo 60 del Acuerdo 486 de la CAN, establece que:

“Se considera como secreto empresarial, cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en una actividad productiva industrial o comercial y que sea susceptible de trasmítirse a un tercero, en la medida en que dicha información sea:

- a) *Secreta....*
- b) *Tenga un valor comercial por ser secreta*
- c) *Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla en secreto.*

La información de un secreto profesional, podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos, a los métodos o procesos de producción, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”

5.2.6. De donde meridianamente surge, que la información hallada en el computador de la nueva empresa para la que estaba vinculado **Yuri Aldemar Torres Pinzón**, es decir, en la base de información de **Afinaseng Ltda**, a donde se había traslado indebidamente, además de que por expresa comunicación se le había dado a conocer tal circunstancia al entonces Gerente Técnico, era información comercial de carácter reservado y secreto, de propiedad y uso exclusivo de la compañía **Wacolda S.A.**, característica que la convierten en un bien activo de la empresa que la almacena, puesto que no es de público conocimiento, es recolectada una base de datos privada, tiene fines comerciales y datos particulares, únicamente útiles para su recolector y su competencia comercial y por lo tanto, un valor económico.

Información que estaba sometida a medidas razonables para mantenerla en secreto, puesto que no en vano, en esa compañía se les informaba a sus trabajadores sobre el uso que podían dar a la misma y se les hacía firmar un documento de confidencialidad, así la defensa soterradamente quiera hacer ver a su cliente, como la persona ingenua que simplemente signa su rúbrica, en constancia de haber recibido un escrito sin el más elemental conocimiento de su contenido.

Ese argumento candoroso, tal vez sería plausible para un analfabeto, pero no para un Gerente Técnico que precisamente tiene acceso a todas las fuentes de información de la compañía y conoce de los pormenores, usos y utilidad de cada uno de los instrumentos allí confiados para el ejercicio de sus funciones y cuáles son los esenciales e indispensables a proteger y las políticas generales que orientan la acción de la empresa

¡Qué coincidencial!, no sabía que esa era información comercial, privilegiada, protegida y por lo tanto, un activo patrimonial de la empresa, pero sí la sustrajo, la plagió y la utilizó en la nueva compañía, donde la guardó en una nueva carpeta con el nombre de “**COMPETENCIA**” y se valió de ella para ofrecer el mismo servicio de intermediación en seguros con beneficios más favorables a los clientes de la empresa para la que había laborado y de la que ya no era su gerente.

Como lo concluyera la instancia, no son los datos comunes a las pólizas de seguros la información secreta, sino la base de datos particular que cualquier compañía comercial o industrial va elaborando y recolectando como parte de sus herramientas de trabajo y para su uso exclusivo, a fin de lograr una ventaja competitiva y puede: *estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos, a los métodos o procesos de producción, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación*

de servicios”, como lo describe y define el acuerdo de Cartagena al determinar, qué se entiende por secreto profesional, industrial o comercial.

(...)

De donde nítidamente surge, que sí fue advertido de la confidencialidad de la información contenida en la base de datos y de la lista de contactos de los clientes de la empresa y por ende, del deber de mantener la reserva de la información, como lo declararon: Manuel Eduardo Arévalo y Martin Krauss.

2.8. No hay duda entonces, puesto que fehacientemente queda demostrado que el señor **Yuri Aldemar** accedió a los archivos de **Walcolda S.A.**, sin autorización alguna, grabó en su computador personal y utilizó dicha información secreta y privilegiada de la compañía y después de su desvinculación de la empresa, esto es, el 24 de marzo del 2006, procedió con su nueva empleadora **Afinaseng Ltda**, a utilizar en provecho propio y de un tercero, como se acreditó de manera certera y lo reafirmó en su argumentación la Fiscalía; en un comportamiento que evidentemente lesionó la libertad de empresa y de emprendimiento y por supuesto, el orden económico y social, hecho tipificado como delictivo, porque que se trata del uso irregular de una información secreta, privilegiada y protegida comercialmente, de utilidad exclusiva para su propietario; circunstancia ésta última notificada a sus trabajadores mediante morando interno de la compañía, **Wacolda S.A..**

Corolario de lo anterior, evidente surge el fraude al copiar y utilizar la misma sin la previa autorización del presidente de la compañía y lo que es peor, suministrársela a la competencia: otra de las corredoras de seguros. Aspecto sobre el que no queda duda y por consiguiente, se confirmará la determinación de condena, al corroborarse la presencia de los dos ingredientes normativos, exigidos por el tipo y que cuestiona en sus argumentos, la defensa.

5.3. Ahora, frente a la configuración de la agravante imputada a causa del **provecho obtenido en beneficio del usurpante de la información comercial privilegiada** y de la compañía **Afinaseng Ltda**, tampoco hay duda como se sostuvo a lo largo de la sentencia de primera instancia, no obstante que al final se abstiene de condenar por la conducta agravada, pese a que del provecho económico para el autor y su nueva empresa, dan cuenta no solamente, los documentos que refieren del monto del valor de las pólizas vendidas a Cermentex y al Edificio Avenida Ciudad de Chile, sino además, el testimonio de la señora Flor Yaneth Beltrán Castillo, quien se entera por el señor Arquímedes Orjuela, cliente exclusivo de la firma Mercedes Benz, a quien se acercó el mismo procesado para ofrecerle servicios de seguros a nombre de **Afinaseng Ltda** y por eso, alerta a su corredora **Walcolda S.A.**

(...)

Adicionalmente la Fiscalía obtuvo y presentó como prueba en el juicio la póliza respectiva colocada por **Yuri Aldemar Torres Pinzón**, a través de su nueva empleadora **Afinaseng Ltda**, la que fue expedida por Agrícola de Seguros por valor de **\$4.061.128.00**, y de la que obtuvo un beneficio o comisión de **\$349.597.00**, para éste ultimo y otro para la corredora. Esta evidencia documental se introduce al juicio como prueba No.19, por la testigo Ana Cecilia Gutiérrez R.

Aspectos de conocimiento, con los que se comprobó y verificó la copia y empleo de la información privilegiada, con la que obtuvo el provecho a favor de sí y de la nueva sociedad para la que se vinculó laboralmente, sin que pueda desconocerse esa situación, sin evidencia distinta que la infirme.

Obvio resulta apenas que la usurpación, empleo y utilización de esa información en la nueva empresa, para la que labora en la actualidad y donde se identificó con el nombre de “**COMPETENCIA**”, no otra finalidad tenía que, la de ser utilizada en beneficio propio y del tercero, lo que en efecto se hizo, logrando un provecho económico, que aunque mínimo, no desvirtúa la configuración de la agravante, originada en ese motivo.

No se olvide que la Fiscalía argumentó que ese provecho mayor pretendido por la nueva corredora de seguros **Afinaseng Ltda** y su trabajador, el procesado **Torres Pinzón** se interrumpió por el allanamiento a sus instalaciones y el decomiso de la base de datos de los clientes copiada, precisamente para evitar se siguiera produciendo y consumando el daño.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO RAD. 11001 2204 000 2012 00878 00 (13-12-11) ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS – Modalidades de la conducta – Tratándose de menores de edad todas las partes de su cuerpo son íntimas y privadas y cualquier tocamiento de carácter libidinoso constituye acto sexual: No se requiere que el tocamiento recaiga sobre sus genitales.

“6.3. Habida cuenta que en el asunto que ocupa la atención de la Sala, uno de los argumentos que exponen los apelantes es la atipicidad de la conducta, no sobra recordar, que dicha categoría jurídica:

“(...) supone un proceso valorativo de atribución respecto de una concreta situación fáctica que debe derivarse de una norma de mandato o de prohibición y ajustarse a una descripción abstracta contenida en el denominado tipo penal, esto es, en el precepto que al ámbito situacional sancionado punitivamente por el legislador¹⁵.

(...)

Son tres las modalidades de conducta que puede revestir el delito materia de análisis: **a)** realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años; **b)** realizar esta misma clase de actos, en presencia del menor; **c)** inducir al menor a prácticas sexuales.

La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente

¹⁵ Sentencia de 3 de febrero de 2010, radicación 31726.

espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido¹⁶.

Es de destacar además, que la imputación al tipo objetivo, conlleva el examen de todos los elementos estructurales de índole descriptivo y valorativo que contempla la norma para la configuración del reato de actos sexuales con menor de catorce años, en tanto que el subjetivo presupone no solo la concurrencia de los anteriores, sino el conocimiento del procesado de los hechos constitutivos de la infracción y su intención de llevarlos a cabo, es decir, que la conducta esté dirigida a agredir sexualmente.

6.3.1. Hechas las anteriores precisiones de índole conceptual y jurisprudencial, debe decir la Colegiatura, que la materialidad de la infracción y consecuente responsabilidad de **Luís Humberto Fajardo Villamil**, adversamente a lo sostenido por la defensa técnica y material, emerge de los testimonios del menor ofendido DFAR, de Yolanda Rodríguez Bohórquez – progenitora de la víctima , de Paola Andrea Gutiérrez Villalobos – Psicóloga y del Registro Civil de Nacimiento Nº 990924-066667, que fue insertado al juicio como estipulación probatoria Nº 1, que da cuenta de la edad del menor, para la fecha del acontecimiento reprochado.

De dichas probanzas, surge nítido, que el menor DFAR de 11 años de edad, el día 2 de octubre del año anterior, fue requerido por el aquí procesado, para que le colaborara en la apertura de la puerta de la residencia, bajo el argumento, que había olvidado las llaves dentro del inmueble y que al llegar allí, fue objeto de tocamientos por parte de aquel, en las piernas, la cara, el pecho y el pene, actos libidinosos, que habrían podido pasar al plano del acceso carnal, si el menor no logra escapar.

(...)

Sobre esa palpación, con total firmeza y espontaneidad manifestó que después de sentarlo en la cama y en las piernas, le tocó las extremidades inferiores, la cara y el pecho y cuando intentó desertar del lugar, en busca de la ayuda de la progenitora, lo haló, nuevamente lo colocó en la cama y estando allí, el procesado salió de la habitación, se dirigió al baño, se bajó los pantalones, desplazamiento que aprovecho para escapar.

Si bien es cierto, el menor en sus intervenciones siempre hizo referencia a las piernas, la cara y el pecho, no sobra anotar, que cuando fue interrogado por el ente fiscal sobre qué partes específicas le tocó el procesado, cuando le introdujo la mano por debajo de la pantaloneta, aseguro: “el pene”, sin que pueda dejarse de lado, como bien lo indicó el juez fallador, que entrándose de menores de edad todas las partes del cuerpo, son íntimas y privadas.

6.3.5. Del contexto fáctico narrado por el menor, se advierte el carácter libidinoso de los actos de **Luís Humberto Fajardo Villamil**, pues el tocamiento se da en su habitación, donde se encontraba sólo con el niño y aprovechando su edad, lo manoseó impúdicamente en la cara y en áreas íntimas y privadas, como el pecho, la cola y el pene, sin que sea dable afirmar, como lo hacen los impugnantes que la conducta desplegada carece de connotación sexual, por cuanto como se dijo, acarició el pene al menor y de haber sido únicamente los glúteos, estos también forman parte de una zona íntima y sexual, resultando que lo más lógico, es no palpar las partes que culturalmente ha sido aceptadas como íntimas de una persona, sin su consentimiento.

(...)

Ninguna duda emerge, de cara a la idoneidad del comportamiento atribuido, en atención al estado de vulnerabilidad del menor, en razón de su edad, respecto de los actos impúdicos, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas, de tal suerte que, resulta contrario a la lógica jurídica y la razón, pregonar que la conducta es atípica, cuando no se ha partido de supuestos falsos, equívocos o malinterpretados.”

*ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente*

*DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora*

¹⁶ Sentencia de 8 de marzo de 1988, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.