



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 18 DEL 31 DE OCTUBRE DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

“PUES BIEN, AL TENOR DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY 256 DE 1996, LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL *“PRESCRIBEN EN DOS (2) AÑOS A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE EL LEGITIMADO TUVO CONOCIMIENTO DE LA PERSONA QUE REALIZÓ EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y EN TODO CASO, POR EL TRANSCURSO DE TRES (3) AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL MOMENTO DE LA REALIZACIÓN DEL ACTO”*. (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si se configuró la acción derivada de la competencia desleal y si ha prescrito en el caso que nos ocupa.

a) La Demanda

Multillantas Ltda. demandó, por medio de apoderado judicial, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, a Shell Colombia S.A., Coinversal S.A., y Patrón y Cia. Ltda., para que, siguiendo el trámite de rigor, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“3.1.- PRIMERA: Declárese que una o varias de las sociedades demandadas SHELL COLOMBIA S.A., COINVERSAL S.A., y PATRÓN y CIA LTDA., actuando de manera conjunta o individual, incurrieron en actos constitutivos de competencia desleal en contra de mi poderdante MULTILLANTAS LTDA.

“3.2.- SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, ordénese a las sociedades demandadas a cesar y, por tanto, a no incurrir de nuevo en las conductas constitutivas de competencia desleal que se describen en este escrito.

“3.3.- TERCERO: Condénese a las sociedades demandadas SHELL COLOMBIA S.A., COINVERSAL S.A., y PATRÓN y CIA. LTDA., a reconocer y restablecer de manera integral y en equidad todos los perjuicios, presentes y futuros, que se demuestren durante el curso del proceso, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, ocasionados a mi mandante como consecuencia o por causa de la realización de actos constitutivos de competencia desleal en contra de MULTILLANTAS LTDA.

incrementando así su patrimonio sin causa legal, en las sumas de dinero siguientes.

(...)

b) Los Hechos

Que para el año 1998, Multillantas Ltda tenía como actividades comerciales - incluidas dentro de su objeto social -, entre otras, la *“venta y comercialización de combustibles para vehículos automotores”*, y operaba como un centro de servicio automotriz que prestaba los servicios propios de una serviteca a vehículos automotores. Su mercado, para tal fecha, era el siguiente: *“(i) Grandes transportadores, esto es camiones, buses taxis; (ii) Vehículos industriales, con el fin de dar mantenimiento a sus respectivos equipos; (iv) Ventas al por mayor a*

estaciones de servicio; (v) Multinacionales; (vi) Cambiaderos de aceite; (vii) Subdistribuidores”, y contaba con seis centros de servicio y atención al cliente en Bogotá.

Que, desde el año 1993, Multillantas distribuyó en esta ciudad productos lubricantes automotrices e industriales de Shell Colombia S.A., en las siguientes presentaciones i) *“Productos Automotrices en cuartos, galones, garrafas, tambores y contenedores para servicio a tiempo; y ii) “Productos Industriales en todas las presentaciones”.*

Que, Shell y Multillantas celebraron un contrato verbal de distribución en virtud del cual, la demandante, actuaba como distribuidora “Multimarcas”, es decir, distribuía productos de la primera sociedad, pero no de manera exclusiva.

Que, las condiciones comerciales ofrecidas por Shell a Multillantas durante su relación comercial fueron las siguientes: *“A) Un margen de comercialización del 29%, más tres (3) puntos adicionales por cumplimiento de metas; B) Un descuento del 8% por pago de contado; C) Sesenta días (60) días de plazo para pagos a crédito; D) Entrega del producto dentro de las 24 a 8 horas siguientes a la realización de cada pedido”.*

Que, Multillantas también distribuyó y vendió, desde el año 1993, productos de competidores de Shell, tales como Texaco, Mobil, Esso y Terpel, ello a través de sus vendedores externos y en sus puntos de venta.

Que, en razón de sus labores de mercadeo de los lubricantes de Shell, logró consolidar ventas de \$1.680.000.000,00, en promedio aproximado anual.

Que, en el mes de marzo del año 1998, Marcos Castilla, funcionario de Shell, se comunicó telefónicamente con el representante legal de la actora, y le exigió que, a partir del día 30 de mayo de 2008, cesara de vender los productos de sus marcas competidoras, y le advirtió que, de proceder de manera distinta, no le volvería a suministrar lubricantes industriales y automotrices en envases superiores a garrafas, y que su margen de comercialización de productos de marca Shell se reduciría en 4 puntos, a más de que su crédito sería cerrado independientemente del cumplimiento de sus metas. Así mismo, le precisó, que al vencimiento del término señalado los funcionarios de su empresa le realizarían una visita para verificar el cumplimiento de sus exigencias y determinaciones.

Que, con posterioridad a la citada comunicación, y a una reunión sostenida entre las partes en el mes de julio del mismo año, en la que se ratificaron las citadas exigencias, un funcionario de Shell visitó en varias oportunidades las instalaciones de Multillantas a efectos de que le entregaran los productos de la competencia, con el fin de que esa compañía procediera a su compra.

Que, a partir del mes de agosto de 1998, Shell cumplió sus amenazas, y le suspendió el suministro de lubricantes industriales y automotrices en envases superiores a garrafas, le cerró el crédito, y redujo el margen de comercialización en 4 puntos. Así mismo, una funcionaria de tal entidad, les informó que *“las condiciones para esta compañía habían cambiado diametralmente y que, en consecuencia, SHELL no volvería a vender este tipo de aceites [lubricantes] a mi representada, así como tampoco lubricantes automotrices en empaques superiores a garrafas y que el pago debía hacerse al contado, además de que se había reducido en cuatro (4) puntos el respectivo*

margen comercial”, ello, por orden del Gerente de Ventas y Distribuidores de esa empresa.

Que, (...)

C) Sentencia Impugnada

Una vez agotadas las etapas probatoria y de alegaciones, la Superintendencia de Industria y Comercio, con la resolución impugnada, resolvió desestimar las pretensiones de la demandante y condenarla en costas del proceso.

Señaló, para ello, que la demandante no demostró en el trámite que, Shell Colombia S.A., le hubiese exigido la cesación de la comercialización de productos de otras compañías, ni tampoco, que hubiese modificado injustificadamente las condiciones del contrato que ataba a las partes, demorando la atención de los pedidos que le efectuaba, o terminado abruptamente dicho vínculo. Igualmente, sostuvo, que en el proceso no se acreditó la necesidad de dicha demandada de sustraer los clientes de Multillantas Ltda, y distribuirlos entre Coinversal S.A. y Patrón y Cia Ltda.

Así, sostuvo, que en el trámite se demostró que entre la demandada y la demandante existió una negociación que tuvo como fin que esta última sociedad se convirtiera en distribuidora exclusiva de la primera, y por tal causa, le ofreció ciertos beneficios que, ante el fracaso del acuerdo intentado, le retiró, dejándola en igualdad de condiciones con sus demás competidores.

Aunado a lo anterior, agregó, que la acción de competencia desleal esgrimida había prescrito, en los términos del artículo 23 de la Ley 256 de 1996, porque habían transcurrido más de tres años desde la supuesta comisión de los hechos fundamento del reclamo efectuado por la demandante, y la notificación de la admisión de la acción a las demandadas, ello teniendo en cuenta la nulidad que, de todo el trámite, declaró este Tribunal.

d) La Impugnación

Con lo así resuelto se mostró inconforme la entidad demandante, por lo que interpuso la apelación que se desata, alegando, en primer lugar, y en punto de la prescripción de la acción de competencia desleal, que la misma no se había configurado, porque aunque en el proceso se declaró la nulidad de todo lo actuado, y en los términos del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, en esos casos no se suspende la prescripción, lo cierto es que tal hecho no es imputable a la demandante sino a la Superintendencia de Industria y Comercio, que generó el vicio declarado, por lo que, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, en dichos eventos no puede soportar el accionante las consecuencias contenidas en tal disposición.

Sostuvo, también, que en el trámite sí se demostró, contrario a lo referido por la superintendencia, la prohibición impuesta por Shell a la comercialización de lubricantes de otras marcas; la modificación de las condiciones contractuales por parte de Shell una vez se negó a convertirse en distribuidora exclusiva – lo que a la postre derivó en la terminación unilateral del contrato de distribución -; demoras en el despacho de mercancías, luego de que Multillantas se negara a ser su distribuidora exclusiva, y utilización de la información que, esta sociedad, tenía en relación con sus clientes.

Por último, sostuvo, que en el curso del proceso sí se probó que las entidades demandadas difundieron información denigratoria en contra de Multillantas Ltda, refiriendo que tal ente iba a quebrar, e indujeron la ruptura comercial, mediante el ofrecimiento de empleos a sus trabajadores.

Consideraciones

El artículo 10 bis del Convenio de París, define la competencia desleal, como todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador, o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Se tiene, por tanto, que la competencia implica la posibilidad de concurrir y participar en el mercado en igualdad de condiciones. Es por ello que las normas que regulan la competencia desleal se encaminan a proteger a los competidores frente a las conductas de sus colegas que atentan contra las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado, protegiéndose también a los terceros en general que se ven afectados con tales conductas.

Una de las acciones que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal, es la declarativa y de condena, por medio de la cual se busca la declaratoria judicial de la ilegalidad de la conducta denunciada, con el objeto que se supriman sus efectos y se indemnicen los daños y perjuicios, acción que corresponde a la instaurada por la aquí demandante, Multillantas Ltda., y que corresponde a esta Sala estudiar y decidir en segunda instancia.

Para efectuar tal estudio, se impone iniciar desatando el tema de la prescripción de la acción de competencia desleal, excepción que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró probada, aduciendo que desde el momento de los hechos materia de la demanda, y la notificación del auto admisorio de la misma a las demandadas, transcurrió un lapso superior a tres años.

Pues bien, al tenor del artículo 23 de la Ley 256 de 1996, las acciones derivadas de la competencia desleal *“prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto”*.

Igualmente, estableció el legislador en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que la prescripción – así como la caducidad -, se interrumpe con la presentación de la demanda cuando el auto admisorio se notifica al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante, y pasado tal lapso, a partir del momento de la notificación al demandado.

Tal enunciado general, sin embargo, tiene excepciones que el legislador consagró en el artículo subsiguiente del citado código. Así, en el artículo 91 indicó que la prescripción no se considera interrumpida, ni opera la caducidad: *“1. Cuando el demandante desista de la demanda” y “3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda”*.

Empero, este último caso, es decir, en el evento en que en el curso del proceso se ha declarado la nulidad del mismo, incluido el auto admisorio, la no interrupción de la prescripción no es aplicable irrestrictamente. Ello porque, como lo consideró la H. Corte Constitucional en la sentencia C-227 de 2009, en donde analizó la constitucionalidad de tal precepto, la aplicabilidad del mismo sólo puede producirse cuando la nulidad declarada se genera por culpa del demandante.

Esa consideración, que valga advertirlo, se hizo en punto de los casos en los que la nulidad declarada tiene como fundamento los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil – pues en tal sentido se enfocó la demanda de constitucionalidad –, en criterio de la Sala, es también aplicable en eventos en los que la nulidad declarada tiene otras causales, y en todo caso, no hubo culpa de la parte actora en la misma, razonamiento que, además, es concordante con la *ratio decidendi* de la sentencia antedicha, en donde se decidió la constitucionalidad condicionada de tal numeral atendiendo que *“la norma permite un sentido que resulta acorde con la Constitución, en cuanto impone unas cargas legítimas y las correlativas consecuencias gravosas, a los sujetos procesales que se sustraen a su cumplimiento; pero también ofrece un entendimiento que resulta contrario a la Constitución, en cuanto permite inferir que la misma consecuencia gravosa prevista en la norma para el demandante descuidado, es imponible al aquel que cumple con las cargas que el orden jurídico le exige”*.

En esa misma sentencia se indicó lo siguiente:

“La medida que establece el precepto acusado encubre una sanción – la pérdida del derecho de acción – que se muestra como razonable en relación con las personas que al acudir a la jurisdicción abandonan los deberes que le señala el orden jurídico para el ejercicio de sus derechos, o incurren en manifiestos errores en el ejercicio de los mismos. Sin embargo, en virtud de la forma indiscriminada y genérica como está prevista la consecuencia gravosa contemplada en el precepto acusado, ésta se impone también al demandante diligente que ha ejercido su acción jurisdiccional en tiempo, que no ha dado lugar a la declaratoria de la nulidad, y que sin embargo debe soportar un menoscabo desproporcionado de sus derechos.

“La consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente, resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y sin embargo, la carga y censura procesal sólo se imponen a él.

“La imposición de una carga desproporcionada en el sentido señalado, vulnera los postulados fundamentales contemplados en los artículos 228, 83 y 229 de la Constitución Política, en cuanto menoscaba las posibilidades de un debido proceso para el demandante, obstaculiza su efectivo acceso a la administración de justicia, y defrauda las expectativas legítimas cifradas en su derecho de acción.

“En efecto, la implícita inclusión del demandante diligente en el ámbito de los destinatarios del precepto acusado vulnera varias de los elementos que estructuran la dimensión material del contenido múltiple y complejo, que conforme a la jurisprudencia (*supra* 4.3.), se adscribe al derecho de acceso a la justicia. Se vulnera su derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el derecho a que ese despliegue de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo, y el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones.

“La competencia normativa ejercida por el legislador a través de la norma analizada resulta acorde con la Constitución en relación con el demandante que ha abandonado o descuidado las cargas que el orden jurídico le exige para el ejercicio de sus derechos, pero no respecto del demandante diligente que ha

instaurado oportunamente su demanda y cumplido con los presupuestos procesales que el orden jurídico le impone para el ejercicio del derecho de acción. La consecuencia lesiva que el precepto acusado establece, de manera genérica, aún para el demandante diligente, desatiende los fines constitucionalmente admisibles de las figuras de la prescripción y la caducidad, vulnera los principios de acceso a la justicia y de prevalencia del derecho sustancial.

“Por tales razones, considera la Corte probado el cargo de falta de proporcionalidad de la medida contemplada en el numeral 3° del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, cuando la nulidad se funda en falta de jurisdicción y competencia, situación que se proyecta en vulneración del derechos de acceso a la administración de justicia, y desconocimiento del principio de prevalencia del derecho sustancial de las personas que acuden oportunamente a ejercer su derecho de acción”.

En este orden de ideas, considera la Sala que, en el presente caso, la prescripción que el *a-quo* consideró demostrada, en realidad no se configuró en manera alguna, porque la demandante ejercitó oportunamente la acción de competencia desleal, y aunque en el trámite del proceso se declaró una nulidad que cobijó el auto admisorio, ésta no tuvo origen en el actuar del extremo actor, sino que fue consecuencia exclusiva del proceder de la Superintendencia de Industria y Comercio. En tal entendido, el demandante no tiene porqué sufrir las consecuencias adversas de la mencionada declaratoria.

Y es que no se puede culpar al demandante, quien acudió a la jurisdicción antes de que se configura el término de prescripción, y cumplió con las cargas procesales a él impuestas, por el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio tramitó de manera inadecuada las peticiones y pretensiones formuladas por dicha parte, ello atendiendo, además, que es deber del operador judicial dar a la demanda el trámite que en derecho corresponda, así el demandante solicite que a la misma se le de uno diverso, pues así lo establece, de manera puntual, el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil:

“Art. 86. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”.

En este punto, no pasa por alto la Sala, que el demandante formuló inicialmente las solicitudes que dieron inicio a este trámite mediante los memoriales Nos. 9805888-0000 del 9 de octubre de 1998 (fls. 1 a 21 c.1), 9805888-0001 del 25 de noviembre de 1998 (fls. 63 a 70 ib), 9805888-0004 del 16 de diciembre de 1998 (fls. 95 a 98 ib), 9805888-00012 del 8 de junio de 1999 (fls. 112 a 154 ib) y 98058885-00014 del 18 de junio de 1999 (fl. 190 ib). Y que luego de que se declaró la nulidad de lo actuado por este Tribunal en providencia de 2 de septiembre de 2004, la demandante presentó una nueva demanda – por requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio -, el día 8 de mayo de 2006.

Sin embargo, de la revisión de tales documentos, no se advierte que en la demanda presentada el día 8 de mayo de 2006 se hubiesen denunciado nuevos actos de competencia desleal que, en los memoriales presentados en los años 1998 y 1999 no se hubiesen planteado, como para de allí inferir que alguno de tales hechos fuera nuevo, y por ende, que la acción hubiese prescrito en los términos del artículo 23 de la Ley 256 de 1996, atrás transcrito.

En efecto, si se observa con detenimiento, es posible advertir que en el memorial de referencia 9805888-0000 (fl. 7 c.1), se esgrimió la incursión de la demandada en la conducta de competencia desleal descrita en el artículo 19 de la ley atrás citada; en el memorial No. 9805888-0001 (fls. 66 ib.) se refirió la conducta del artículo 17 *ibídem*; y en el memorial 9805888-00012 (fls. 122 ib.) las de los artículos 7, 8, 9, 11, 12, 16, 17, 18, y 19 *ejusdem*. Y tales conductas, fueron también citadas, con los mismos fundamentos de hecho, en la demanda formulada con posterioridad.

En este orden de ideas, y contrario a lo sostenido por la parte demandada y la Superintendencia de Industria y Comercio, en el presente caso no operó la prescripción por ninguno de los hechos referidos por la parte demandante, pues su formulación inicial, y la notificación a las demandadas, se realizó antes de que el término prescriptivo se cumpliera, a más de que en la nueva demanda no se incluyeron conductas nuevas, esto es, que no se hubiesen esgrimido en los años 1998 y 1999, por hechos que se materializaron en los mismos años, conforme se refirió en los antecedentes de esta providencia.

En conclusión, en el presente asunto no se consolidó la prescripción esgrimida por el extremo pasivo, causa por la que se impone declarar no probadas las excepciones que en tal sentido se propusieron, y proseguir con el estudio de la demanda, el que se avocará mediante el análisis individual de cada una de las conductas de competencia desleal que, la actora, aduce efectuaron las demandadas.

Para entrar a efectuar un estudio minucioso de la responsabilidad que tiene la parte demandada en relación con cada una de las conductas descritas en la demanda, se debe retomar el concepto de *competencia*, el cual hace referencia “*a una situación del mercado en la cual las empresas oferentes de bienes y servicios luchan independientemente por mantener las preferencias del consumidor, buscando un objetivo específico, cual es el de obtener el incremento en sus ventas, un mejor nivel de utilidades y, como consecuencia, una mayor participación en el mercado en que actúan. La competencia, pues, resulta de la participación libre en el mercado por parte de quienes ofrecen bienes o servicios similares y, en la otra punta, los consumidores finales, que toman libremente su decisión de compra, basados en información suficiente sobre las características del producto, tales como precio, calidad y garantías, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas diferentes a las del mercado mismo*”¹.

De conformidad con lo anterior, iniciará la Sala con la determinación de la prueba del hecho que, conforme lo expresó la actora, fue el que dio génesis a la configuración de las causales mencionadas, el que a su turno se encuadra en la causal contemplada en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996:

a) En efecto, indicó la parte demandante, que Shell Colombia S.A. infringió el artículo que establece:

“Art. 19. Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”.

¹ Biblioteca Millenio. Colección Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores Bogotá - Colombia, primera edición 1998, p 32.

La actora sostuvo, que la citada demandada le exigió que se convirtiera en su distribuidor exclusivo, esto es, que sólo distribuyera productos de dicha empresa con exclusión de productos de sus competidores.

Para abordar la anterior argumentación, resulta preciso dejar sentado que la existencia de pactos de exclusividad en los contratos de suministro no es, por sí misma, constitutiva del acto de competencia desleal contenido en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. Ello porque, como la misma norma lo establece, y lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, la existencia de dichos pactos sólo se considera desleal para con la competencia, cuando su inclusión tiene “*por objeto o como efecto*” restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

En relación con dicho tema, la H. Corte Constitucional, en la sentencia que decidió la exequibilidad del artículo atrás citado, se pronunció en los siguientes términos²:

“El problema constitucional, realmente, surge en relación con el último grupo de requisitos. La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.

“Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.

“Por lo que concierne a la frase ‘o monopolizar la distribución de productos o servicios’, no cabe duda alguna que la disposición se ciñe a la Constitución Política. En este caso, la consecuencia del pacto de exclusividad se traduce en la generación de un mayúsculo poder de mercado. La norma supone una relación de causa-efecto, entre la cláusula de exclusividad y la adquisición de un poder monopólico en un determinado mercado de bienes o servicios. No es desproporcionado que la ley excluya una modalidad contractual que puede constituirse en la génesis de un poder monopólico. Además si del contrato emana estabilidad, la prohibición legal es necesaria y no se vislumbra alternativa diferente de su exclusión, para los efectos de mantener la libre competencia”.

En resumen, se impone concluir, que sólo puede considerarse desleal la existencia de pactos de exclusividad, cuando estos persiguen la

² Corte Constitucional, Sentencia C- 535 de 1997.

materialización de conductas que atentan contra la libre competencia, mediante la restricción al acceso de los competidores al mercado, o crear monopolio en la distribución de productos o servicios.

En tal entendimiento, no sobra advertir, que cuando los fines de dichos pactos de exclusividad es distinto a los prescritos por la norma en mención, su inclusión es del todo legítima, y comporta, entre otros fines, el desarrollo del mandato de libertad de contratación, que rige las relaciones entre los asociados.

En este orden de ideas, la parte actora tenía a su cargo demostrar, en cumplimiento del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que la demandada Shell Colombia S.A., pactó – o pretendió hacerlo – cláusulas de exclusividad en sus contratos de distribución, ello con los fines que prescribe el artículo 19 mencionado; labor que, se anticipa, no fue satisfecha en debida manera.

Esto es así, en primer lugar, porque la demandante, si bien refirió que Shell Colombia S.A. pretendió imponer en su relación comercial un contrato de distribución exclusiva, no le endilgó a dicha acción, de manera concreta, el objeto o el efecto de restringir el acceso de los competidores al mercado, o crear monopolios; y, lo mas importante, es que tampoco indicó – ni se deduce de su demanda -, en que pudieron consistir dichos actos.

Obsérvese, en relación con ese tema, que la demandante adujo como único hecho fundamento de la supuesta incursión de la demandada en la conducta desleal en estudio, el que ésta hubiese pretendido que Multillantas se convirtiera en distribuidora exclusiva de sus productos, claro está, con exclusión de los demás fabricantes de productos similares. En efecto, así lo indicó la demandante en su líbello: *“En tal medida, podría considerarse como restrictiva la cláusula por medio de la cual se imponga a un distribuidor la venta exclusiva de una marca, siéndole prohibido vender otras marcas competidoras del producto exclusivo”*.

Si con detenimiento se analiza dicha argumentación, resulta evidente que ninguna labor expositiva se desplegó para indicar de qué manera la solicitud de la inclusión del pacto de exclusividad referido pretende *“restringir el acceso de los competidores al mercado”*, o *“monopolizar la distribución de productos o servicios”*, como lo exige la norma. Por el contrario, la demandante tan sólo esgrimió como sustento de la causal en análisis, la pretensión de la demandada de incluir una cláusula de exclusividad en el contrato de distribución, actuar que *per se* – y como ya se analizó más arriba -, no está prohibido, ni es objeto de sanción en nuestro ordenamiento.

Por demás, subraya el Tribunal, que en el presente caso la intención de Shell de que Multillantas fuera su distribuidor exclusivo, en modo alguno puede considerarse restrictivo para la última sociedad, pues a más de que fue un pacto que no se concretó por decisión propia de la demandante –como lo refieren las partes-, bien pudo la actora intervenir en el mercado mediante la comercialización de productos similares fabricados por otras marcas, como en efecto lo hacía, la que en últimas fue la razón que esgrimió para negarse a acordar dicha exclusividad, como lo indicó en la demanda.

Ni mucho menos se evidencia una práctica de monopolio en tal determinación, pues, iterase, muchas son las marcas y distribuidoras que comercializan productos lubricantes, como los elaborados por Shell Colombia S.A.

En resumen de lo expuesto, para la Sala es indudable que la supuesta incursión de la demandada en la conducta de competencia desleal contenida en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 no se configuró en el presente caso, pues aunque se demostró que dicho extremo sí pretendió firmar un contrato de distribución con una cláusula de exclusividad con la demandante – tal fue un hecho pacífico del proceso -, no se probó que ese proceder tuviera fines de monopolio, o de impedir a sus competidores el ingreso al mercado, carga probatoria que tuvo que satisfacer la demandante.

b) Esgrimió también, la demandante, la configuración de existencia de actos de desviación de clientela (artículo 8º de la Ley 256):

“Art. 8º. Actos de desviación de clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Lo anterior, porque Multillantas no pudo seguir atendiendo a sus clientes, debido a que Shell dejó de suministrarle lubricantes industriales, y suspendió el suministro de lubricantes automotrices en empaques superiores a garrafas – hecho que la dejó en incapacidad de competir con los demás distribuidores -. Así mismo, porque dicha empresa acordó con Coinversal S.A. y Patrón y Cia S.A., competidores de Multillantas, la manera en que debían distribuirse los clientes que atendía esta última sociedad.

Pues bien, para el análisis del acto de competencia desleal en estudio, debe subrayarse que la desviación de la clientela tan solo se considera desleal cuando es: *“contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”* atendiendo el hecho que *“la desviación de clientela de un competidor es un fin lícito y natural al comercio en virtud del artículo 333 de la Constitución Política de Colombia que garantiza la libertad económica y libre empresa”*³.

Tal acto de competencia desleal – claro está -, parte de un supuesto básico: que la clientela de un agente del mercado sea desviada a otro, mediante actos que merecen reproche, por atentar contra las sanas costumbres mercantiles y/o los usos honestos en materia industrial o comercial.

En este orden, a la parte demandante le incumbía demostrar en el presente trámite, en primer lugar, que su clientela, o parte de ella, se desvió hacia las empresas demandadas, u otras, y en segundo, que tal actuar - en caso positivo -, fue una práctica contraria al ordenamiento, desplegada por el extremo pasivo, en la precisa forma que lo establece la norma atrás transcrita.

Pues bien, en el trámite se recaudaron, para la demostración de dicha conducta, un amplio número de testimonios, entre ellos los de Eddie Tolosa Santos (fls. 7 a 12 c. 4), quien laboró en Tecnillantas Ltda, antiguo cliente de la demandante, Juan

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 99055397 del 13 de octubre de 1999

Diego Torres Ramírez (fls. 15 a 19 ib), quien laboraba en la Distribuidora el Cortijo, antiguo cliente de Multillantas, Adela Leguizamón Mayorga (fls. 43 a 59 ib), persona que trabajó en Multillantas, y Jorge Enrique Villamil Sánchez (fls. 159 a 164 ib), gerente de la Lubriteca La Autopista, cliente de la actora.
(...)

Pues bien, de la anterior prueba testimonial, es posible advertir que los declarantes, si bien refirieron una baja en las ventas de la demandante, y el cambio de distribuidor de algunos clientes en ciertos casos, de manera unívoca indicaron que tales circunstancias tuvieron como único sustento, el incumplimiento de la demandada, quien dejó de despachar sus productos de manera oportuna o completa.

Es decir, que la citada circunstancia tuvo lugar, de manera principal, por una causa imputable directamente a la demandante, que incumplió con el despacho de sus productos, mas no a maniobras ejecutadas por las demandadas con el fin, o la intención, de desviar la clientela de la primera.

Obsérvese, en punto de lo anterior, que la exigencia contenida en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, para que la desviación de la clientela sea considerada un acto de competencia desleal, es que dicha conducta sea *“contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”*, circunstancias, las anteriores, que no fueron imputadas por ninguno de los testigos a la demandada, ni se evidencian del acervo probatorio recaudado.

Y no se diga que el supuesto incumplimiento en el despacho de los productos, que le imputa Multillantas a Shell, puede considerarse un acto contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, pues ese hecho, en caso de que se hubiese verificado, es de natural ocurrencia en el mundo comercial, y bien puede el afectado hacer uso de las acciones contractuales pertinentes para deprecar los perjuicios causados por el mismo.

Además, no debe perderse de vista, que la configuración de los actos de competencia desleal depende – en todos los casos -, de que los mismos tengan una finalidad concurrencial, entendida ésta, en los términos del artículo 2º de la Ley 256 de 1996, como la que es objetivamente idónea *“para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*.

Es decir, que es necesario para considerar probada la existencia de un acto como el descrito, que se demuestre que el fin perseguido por quien lo ejecuta sea siempre sostener o mejorar su posición dentro del mercado, lo que no se extrae de las pruebas recaudadas en relación con las demandadas.

Aunado a lo anterior, considera la Sala, que aunque algunos testigos indicaron que la situación descrita, esto es, la demora en el despacho de mercancías por parte de Shell, generó que los clientes de Multillantas se desplazaran hacia otros distribuidores – no sólo Patrón y Cia. y Coinversal -, lo cierto es que tal hecho es una respuesta natural del consumidor ante el incumplimiento, más aun si en cuenta se tiene que ninguna prueba de las recaudadas puso en evidencia que, entre las demandadas hubiese siquiera existido un acuerdo tendiente a atraer concertadamente los clientes de la actora.

En este orden de ideas, en criterio del Tribunal, ninguna evidencia existe en punto de la configuración de los actos de desviación de clientela consagrado en la Ley

256 de 1996, por lo que se imponía declararlo no probado, como lo hizo la Superintendencia de Industria y Comercio en la decisión apelada.

c) De otra parte, la demandante indicó que las sociedades demandadas incurrieron de actos de desorganización (artículo 9º *ibídem*)⁴, y violación de secretos (artículo 16 *ejusdem*)⁵, alegando que desplegaron actos que tuvieron como efecto desorganizar a Multillantas, debilitando su fuerza de venta, induciendo a la ruptura contractual con sus clientes, y cerrándole fuentes de suministro. Actos que se concretaron en negarse a suministrarle a la demandante productos en la forma en que antes se hacía; exigirle el pago de contado por las compras efectuadas, reducir el margen de comercialización – poniéndolo más bajo que el de sus demás distribuidores -, exigiéndole la suspensión de la venta de productos de sus competidores, demorando de manera injustificada la entrega de sus productos, exigiéndole a los demás distribuidores abstenerse de vender productos de Shell a Multillantas, y explotar secretos comerciales, tales como la información de sus clientes, la que le exigió aduciendo que los requería para autorizar descuentos especiales, pero transmitió tal información a sus competidores, con el fin de desviar sus clientes a otros distribuidores.

Pues bien, para avocar el análisis de tales imputaciones, iniciará la Sala con el estudio de uno de los actos de desorganización que, alega la demandante, adelantó la parte demandada, y que fue el consistente en la violación de secretos, hecho que también se encuentra estatuido en el artículo 16 de la Ley 256 de 1996, como un acto de competencia desleal.

En camino de tal estudio, resulta pertinente definir lo que es entendido como un secreto objeto de protección especial, para lo cual resulta útil citar lo establecido sobre el punto en la Decisión 486 de 2000, por la Comisión de la Comunidad Andina, sobre el régimen común de la propiedad industrial. En dicha decisión, precisamente en el artículo 260, se define el secreto empresarial en los siguientes términos:

“ART. 260.—Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

“a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

“b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y

⁴ “Art. 9º. Actos de desorganización. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”.

⁵ “Art. 16. Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

“Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

“Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta Ley”.

“c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

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

Como se lee de tal definición, un secreto empresarial, o de índole industrial, requiere para su existencia, entre otros aspectos, que: *“no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva”*. En otras palabras, no puede considerarse como secreto, la información que cualquier persona, o por lo menos, cualquier competidor del mercado, pueda conseguir de medios distintos a la divulgación de otro agente del mercado.

Así, analizando el presente asunto, en criterio de la Sala no puede considerarse como un secreto industrial o empresarial, el conocimiento sobre la existencia de determinados consumidores de lubricantes de marca Shell, con los que la demandante aduce haber tenido una relación comercial, que posteriormente fue explotada por las demandadas en su beneficio, gracias a la información entregada por Multillantas para otros fines.

Por demás, en criterio de la Sala, nada de repudiable existe en el trato diferencial dado por Shell a sus distribuidores, pues es claro que el que distribuye en exclusividad productos de una sola marca, asume mayores riesgos, al tener un mercado reducido en comparación con los distribuidores no exclusivos, que pueden abarcar un más amplio sector, al ofrecer una mayor diversidad de marcas y productos.

Aunado a lo anterior, y aunque cierto es que los testigos Adela Leguizamón Mayorga (fls. 43 a 59 c.4) y Luis Rafael Peña (fls. 87 a 96 c.5), sí refirieron demoras en las entregas de productos pedidos a Shell, lo cierto es que no se demostró que la citada dilación hubiese tenido fines concurrenciales, esto es, que hubiese tenido por objeto *“mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*, como ya se dijo.

En efecto, no se demostró por la demandante, como le incumbía en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que la demora referida fue un acto deliberado de la demandada, tendiente a desorganizar la empresa de la actora, como se alegó.

Por demás, no se acreditó tampoco que la demora referida hubiese sido sólo para los productos pedidos por Multillantas, o que los precios cobrados a dicha sociedad fueron superiores a los fijados para otros distribuidores en sus mismas condiciones, como para de allí poder inferir, siquiera, la existencia de algún tipo de discriminación en contra de la demandante, generadora de la desorganización referida. Ninguna prueba puso en evidencia las anteriores circunstancias.

Pero, sumado a todo lo expuesto, debe precisarse, que la censura principal de la demandante, tiene como sustrato la igualación de las condiciones que hizo Shell, en la comercialización de sus productos con Multillantas y los demás distribuidores “multimarca”, y la posterior terminación del contrato de distribución, que aduce generaron su ruina económica; sucede, sin embargo, que tales hechos – como ya se ha expresado antes en esta providencia - en nada evidencian un actuar con finalidades concurrenciales, siendo estos actos propios de las relaciones comerciales de quienes intervienen en el mercado, personas que, en uso de su

libertad de contratación, bien pueden hacer cesar una relación comercial o variar sus condiciones, quedando sujetos a las sanciones que contractual y legalmente se han establecido en caso de incumplimiento.

Por lo expuesto, entonces, también se imponía declarar no probados los actos de competencia desleal referidos, conforme lo consideró la Superintendencia de Industria y Comercio en la decisión impugnada.

De acuerdo a lo expuesto, se impone adicionar la resolución apelada para declarar probada la excepción denominada “Inexistencia de actos de competencia desleal”, propuesta por la demandada Shell Colombia S.A., y denegar la prosperidad de las excepciones denominadas “Prescripción de la acción” y “Prescripción de la acción de competencia desleal iniciada por Multillantas”, conforme al estudio que antecede. En punto de las demás excepciones, la Sala, por sustracción de material, se abstiene de examinarlas, con fundamento en lo establecido en el inciso 2º del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

En lo demás, se confirmará la citada providencia”. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 333 C.P.

: ARTÍCULOS 2º, 8º, 12, 16, 17, 18, 19 y 23 LEY 256 de 1996
: ARTÍCULOS 90, 91, 140 NUM. 1,2, 177, 306 Y 392 del CPC.
: ARTÍCULO 260 DECISIÓN 486 DE 2000 COMUNIDAD ANDINA
: ARTÍCULO 47 DECRETO 2153 DE 1992
: ARTÍCULOS 2º Y 10 LEY 178 DE 1994 CONVENIO DE PARÍS
: Sentencias C-535 de 1997 y C-227 DE 2009 CORTE CONSTITUCIONAL.
: CONCEPTO 99055397 DE OCTUBRE 13 DE 1999 SUPERINTENDENCIA DE
: INDUSTRIA Y COMERCIO

FECHA

: 2011-03-25

PROCESO

: ABREVIADO COMPETENCIA DESLEAL

PONENTE

: Dr. RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS

DEMANDANTE

: MULTILLANTAS LTDA

DEMANDADO

: SHELL COLOMBIA S.A., COINVERSAL S.A. y OTRO

RADICACIÓN

: 01-1998-8885-05

DECISIÓN

: ADICIONA y CONFIRMA

1.2.1.

1.2. Sala de Familia

“ASÍ LAS COSAS, EN APLICACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL (...) TENDRÁN DERECHO A SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ LAS PERSONAS QUE, INDEPENDIENTEMENTE DE HABER ESTADO AFILIADAS AL SISTEMAS INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL AL MOMENTO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993, CUENTAN CON LA EDAD EXIGIDA PERO NO REÚNEN LAS SEMANAS DE COTIZACIÓN PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ.” (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si la accionante tiene derecho a la pensión sustitutiva.

a) La Demanda

Pretende la accionante que se emita una orden ante la entidad convocada a responder por la alegada vulneración, para que proceda a reconocer la indemnización sustitutiva a que tiene derecho, la que deberá entregar de inmediato con la respectiva indexación.

Para justificar la pretensión constitucional, relata la accionante que desde el año 2011, viene tramitando por intermedio de apoderado judicial, una solicitud de indemnización sustitutiva ante **CAJANAL E.I.C.E.**, en liquidación, a la que tiene

derecho, en consideración al tiempo que laboró al servicio del estado y de conformidad con el régimen laboral aplicable.

En el mes de diciembre del 2011 presentó un derecho de petición ante la entidad accionada, solicitando la expedición de la respectiva resolución que acreditará los derechos laborales demandados, y las respuestas le fu informado que en el mes de octubre de 2011, mediante oficio dirigido a su apoderado, la entidad solicitó allegar una serie de documentos para realizar el trámite pertinente. Oportunamente fueron aportados los documentos requeridos por la entidad.

Mediante Resolución UGM -033823 del 17 de febrero de 2012, a pesar de haberse aportado la documentación solicitada y que fue validada mediante los protocolos de seguridad empleados por la Unidad de Gestión Misional, la entidad negó sus derechos prestacionales adquiridos, con sustento en la Ley 100 de 1993, decisión que fue recurrida y resuelta desfavorablemente con posterioridad.

Aduce la accionante que se vulneraron los derechos, al interpretar de manera sesgada y parcializada lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lo que constituye una vía de hecho, entre otras razones, porque las normas empleadas al momento de resolver la solicitud de indemnización y las aplicadas para la resolución del recurso de reposición, no guardan relación alguna con el derecho reclamado, pues tratan acerca de una pensión de vejez y no de de la indemnización sustitutiva solicitada.

(...)

b) Los Hechos

La accionante es persona de la tercera edad, tiene 62 años, está gravemente enferma, entre otras dolencias, padece Neoplastía (Cáncer) a nivel del cuello uterino, metástasis en la vejiga y múltiples adenopatías en la región iliaca. Si bien la indemnización sustitutiva no es una forma de tratamiento médico para la demandante, el pago de la misma le permitiría acceder a tratamientos alternativos que mejoren su calidad de vida actual.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Once de Familia de esta ciudad, autoridad que mediante sentencia proferida el veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012), negó el amparo constitucional solicitado, consideró, que si bien se agotó la vía gubernativa, la accionante, bien pudo acudir a la vía jurisdiccional, lo que no hizo, de modo que la acción de tutela no es el mecanismo jurídico procedente para discutir esta clase de solicitudes. Aunado a eso, no se observa dentro del trámite de la solicitud de indemnización, vías de hecho por parte de la entidad accionada.

Al trámite se vinculó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**, como quiera que el apoderado general de **CAJANAL E.I.C.E.** – en liquidación, informó que es la entidad competente para conocer de la solicitud de la accionante, en acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4269 de 2011.

En su oportunidad el Subdirector Jurídico de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, por la existencia de otros mecanismos judiciales para hacer valer los derechos reclamados, pidió desvincular a la entidad, pues de las manifestaciones contenidas en el escrito introductorio, o de los documentos anexos, se desprende la solicitud de vinculación directa y específica a esa dependencia por acciones u

omisiones en razón de las que la accionante considera vulneran sus derechos fundamentales.

La decisión de primera instancia fue impugnada por el apoderado de la accionante, con las mismas razones que sustentan la solicitud de amparo, puesto que en esta instancia no agregó ningún argumento distinto a los ya indicados.

c) Consideraciones

Advertida la naturaleza del amparo solicitado, sea lo primero precisar, en armonía con reiterada doctrina constitucional, el carácter excepcional de la acción de tutela en casos de reconocimiento, reajuste y pago de pensiones o prestaciones, limitada a especiales circunstancias, descritas, entre otras, en la sentencia T – 921 de 2006⁶, según la cual, es viable el amparo, cuando, “(1) el no reconocimiento o el reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (2) que el no reconocimiento, el reajuste o el no pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental y; (3) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.”.

Tampoco es la tutela mecanismo adecuado para controvertir actos administrativos en materia pensional, a menos salvo en excepcionales circunstancias que justifican la protección, al menos como mecanismo transitorio. La sentencia T – 385 de 2012⁷, admite el amparo transitorio cuando, “(i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable (...)”

La protección al debido proceso administrativo opera, según la sentencia que sirve de precedente, cuando se configuran las llamadas causales especiales de procedibilidad, entre las que están el Defecto orgánico, Defecto procedimental absoluto, Defecto fáctico, Defecto material o sustantivo, Error inducido o vía de hecho por consecuencia, Falta de motivación, Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, Violación directa de la Constitución, (...)

El amparo supralegal se pretende en este caso, frente a la decisión administrativa, Resolución UGM - 033823 del 17 de febrero de 2012 y su confirmación, Resolución UGM-041822 del 3 de abril del 2008, mediante las cuales se negó la indemnización sustitutiva a la ciudadana **MARÍA EMMA SANTANA RODRÍGUEZ**, bajo el supuesto que no es posible reconocer la indemnización a la peticionaria porque su retiro “se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría aplicando un efecto retroactivo, a una norma que no lo contiene”.

Sobre este asunto, la Corte constitucional ha señalado, en reiteradas ocasiones, entre otras, en la sentencia T – 385 de 2012, antes citada, que la mencionada prestación debe ser reconocida aún a las personas que realizaron aportes con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, conclusión a la que llegó el Alto Tribunal Constitucional mediante las siguientes consideraciones:

1. En virtud de los principios de eficiencia y continuidad del servicio, la Ley 100 de 1993 estableció el reconocimiento de los periodos cotizados con anterioridad a su entrada en

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 926 de 2006. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Ver también la sentencia T – 938 de 2008. M. P. NILSON PINILLA PINILLA.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 385 de 2012. M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

vigencia, con el fin de cumplir los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes. De este modo, el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que 'para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio'. Adicionalmente, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001 prescribe que al momento de realizar la estimación pecuniaria del monto de la indemnización sustitutiva reclamada es preciso tomar en consideración la totalidad de las semanas cotizadas, 'aún las anteriores a la Ley 100 de 1993'.

- II. La Corte ha afirmado que las normas laborales y de seguridad social son de orden público en tanto responden a intereses generales y necesidades primordiales para la sociedad. Por ello, se deben aplicar a las situaciones vigentes o en curso al momento en el que entraron a regir; sin embargo, no tienen efecto retroactivo, es decir, no afectan aquellas situaciones jurídicamente consolidadas. En este sentido, ha recordado los artículos 14 del Código Sustantivo del Trabajo y 11 de la Ley 100 de 1993:

'Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.'

'El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general'.

- III. Así mismo, este Tribunal ha manifestado que el derecho a la indemnización sustitutiva es irrenunciable puesto que emana de la garantía constitucional a la seguridad social contemplada en el artículo 48 de la Constitución Política. En consecuencia, la prestación citada es imprescriptible y puede ser reclamada en cualquier tiempo, siempre que el interesado haya cumplido la edad para pensionarse y no reúna las cotizaciones para lograr el reconocimiento de la pensión. Sobre este punto, la Sentencia T-972 de 2006 sostuvo:

'El derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Así, la indemnización sustitutiva, sólo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se anotó, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.'

- IV. **Por otro lado, la Corte ha expresado que las entidades a las que se realizaron los aportes incurren en un enriquecimiento sin causa cuando deciden no reconocer la indemnización sustitutiva de quienes cotizaron antes de la Ley 100 de 1993.**

El Consejo de Estado ha adoptado la misma posición⁸ al considerar que si se aceptara la decisión de negar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva se propiciaría un enriquecimiento sin justa causa. En ese sentido recordó que 'el derecho pensional surge de los aportes del empleado a las

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia del 26 de octubre de 2006, Rad. 4109 -04. Postura reiterada en la providencia del 14 de agosto de 2008, Rad. 7257 -05.

entidades de previsión durante un determinado tiempo, de manera que los referidos aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión’.

Igualmente, la Alta Corporación manifestó que ‘en aras de despejar cualquier duda respecto del reconocimiento de un derecho consagrado en la Ley 100 de 1993, a una persona que para la fecha en la cual ésta entró en vigencia no estaba vinculada al servicio público, destaca la Sala que el legislador no

exigió como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva estar vinculado al servicio, ni excluyó de su aplicación a las personas que estuvieran retiradas del servicio. Si así lo hubiere hecho, tal disposición sería a todas luces inconstitucional, entre otras razones, por ser violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta y desconocer la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S. del T.) y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales- art. 53 ibídem-, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad- art. 46-.’

- V. *Por último, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se establece la figura de la indemnización sustitutiva, ‘no consagró ningún límite temporal a su aplicación ni condicionó la misma a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad’.*

Así las cosas, tendrán derecho a solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez las personas que, independientemente de haber estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con la edad exigida pero no reúnen las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez.

Al analizar el caso de la accionante desde la perspectiva constitucional indicada, e indagar por parámetros de procedibilidad excepcional de la acción de tutela, establecidos en la jurisprudencia inicialmente revisada, El Tribunal considera que la Resolución UGM - 033823 del 17 de febrero de 2012 y su confirmatoria, Resolución UGM-041822 del 3 de abril de 2008, proferidas por CAJANAL E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN, son manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales invocados, en particular al debido proceso, e incurrir en defecto sustantivo por no aplicar el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a la solicitud de indemnización sustitutiva presentada por la accionante, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, incluso por desconocimiento del precedente constitucional.

Adicionalmente, se justifica el amparo excepcional en este caso, por el hecho que quien solicita protección a sus derechos, es una persona de la tercera edad, por lo tanto sujeto de especial protección, más cuando esta demostrado que se encuentra en condición de debilidad manifiesta, por su grave estado de salud, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la sociedad.

En este orden de ideas, puesto que se acreditó en este trámite que la señora **MARÍA EMMA SANTANA RODRÍGUEZ** cotizó a **CAJANAL E. I C. E., EN LIQUIDACIÓN**, 2365 días y que la indemnización sustitutiva correspondiente fue negada con fundamento en razones desechadas por la doctrina constitucional en cita, la Sala revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, concederá el amparo judicial de los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la salud y a la protección especial de las personas de la tercera edad”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULO 11, 13 y 37 LEY 100 DE 1993
	: ARTÍCULOS 14, 15, 46 Y 53 C.S.T.
	: ARTÍCULO 31 DECRETO 2591 DE 1991
	: ARTÍCULO 2° DECRETO 1730 DE 2001
	: DECRETO 1382 DE 2002
	: DECRETO 4269 DE 2011
	: SENTENCIAS T-921-2006, T-926-2006 y T-385-2012 CORTE CONSTITUCIONAL
FECHA	: 2012-10-22
PROCESO	: TUTELA (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
ACCIONANTE	: MARÍA EMMA SANTANA RODRÍGUEZ
ACCIONADO	: CAJANAL E.I.C.E.
DECISIÓN	: REVOCA Y CONCEDE

1.3. Sala Laboral

“SOBRE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - PENSIONES, ESTA SALA HA SIDO DEL CRITERIO EN INDICAR QUE TAL COMO EL DERECHO A LA PENSIÓN NO ES PRESCRIPTIBLE Y QUE, POR LO TANTO, LA ACCIÓN ENCAMINADA A RECLAMAR TALES PRESTACIONES PERDURA DURANTE LA VIDA DEL TITULAR, SIN PERJUICIO DE LA EVENTUAL PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS, TODA VEZ QUE ESTE DERECHO HA SIDO UNIDO AL ORDEN CONSTITUCIONAL, CONFORME SE DESPRENDE DEL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y OTROS ARTÍCULOS DE RANGO CONSTITUCIONA”.(...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si efectivamente hay lugar a que prospere la Excepción De Merito, denominada por el ejecutado como **“INEXISTENCIA DE TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES AUTÓNOMOS PARA SU FORMACIÓN⁹”** la cual declaró probada el A quo, mediante proveído de fecha 21 de noviembre de 2011.

a) La demanda

El Juzgado de conocimiento en audiencia de fecha 21 de noviembre de 2011, declara probada la excepción de fondo denominada INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES, AUTÓNOMOS PARA SU FORMACIÓN, por considerar que los requerimientos efectuados por la sociedad ejecutante, se dirigieron a REDES TELEFÓNICAS LIC, diferente a la persona ejecutada en el presente proceso, El A quo señaló que de conformidad al certificado de cámara de comercio (fl 23) se puede determinar que el demandado es propietario del establecimiento de comercio REDES

⁹ FOLIO 60

TELEFÓNICAS LJC, e indica cuales son las personas a las que se puede dirigir la demanda¹⁰, y quienes tienen capacidad para ser parte.¹¹ Indica el A quo, que si bien es cierto que la demanda está dirigida contra LUIS JESÚS CASTAÑEDA propietario del establecimiento de comercio REDES TELEFÓNICAS LJC, también lo es, que los requerimientos realizados por la ejecutante fueron a LIC, incluyendo la liquidación respectiva, documentos que hacen parte integral del título ejecutivo, por lo tanto el establecimiento de comercio REDES TELEFÓNICAS LJC no tiene ni capacidad jurídica ni procesal para ser parte de un proceso, y señala que el establecimiento de comercio no es una persona jurídica, y que para poder ejercer acción alguna contra el establecimiento de comercio se debe demandar a su propietario quien es el que tiene la capacidad para ser parte.

Inconforme con la decisión adoptada por el A quo, el apoderado de la parte ejecutante interpone recurso de apelación con el objeto de que se revoque la decisión, y en su lugar libre mandamiento de pago.

b) Los hechos

Señala el recurrente que el A quo profirió mandamiento de pago por encontrar ajustados a la ley los documentos que sirvieron de soporte al título ejecutivo, de otra parte se tiene que la AFP ejecutante demanda a LUIS JESÚS CASTAÑEDA como propietario del establecimiento de comercio denominado REDES TELEFÓNICAS LJC que aparece registrado en la cámara de comercio en la calle 26 A No s No 2-69, donde fue requerido por mora en el pago de aportes, dirección reportada por el demandando para recibir correspondencia judicial en el establecimiento de comercio denominado REDES TELEFONICAS LJC. Señala que el mismo apoderado de la demandada acepta que el requerimiento fue remitido al deudor, pero considera que lo hizo mal, al mandarlo a nombre del establecimiento de comercio que no es una persona sin negar que el requerimiento lo hubiese recibido el deudor.

Refiere que el A quo da por demostrada la excepción propuesta con base en el requerimiento dirigido al establecimiento de comercio de propiedad del demandado y no directamente al demandado, pues el requerimiento está dirigido a persona diferente a la ejecutada sin que el establecimiento de comercio tenga capacidad jurídica o procesal para ser parte dentro del proceso, estando demostrado que el propietario del establecimiento de comercio es LUIS JESUS CASTAÑEDA como aparece en el certificado de existencia y representación legal el cual no negó haber sido requerido por la actora.

Señala el recurrente que la demanda ejecutiva va dirigida contra LUIS JESUS CASTAÑEDA como propietario del establecimiento de comercio, que la actora cumplió con la obligación de requerir para pago al deudor a la dirección de notificación judicial que obra en el registro mercantil, de acuerdo con el certificado de matrícula mercantil de persona natural expedido por la cámara de comercio de Bogotá, por el deudor en donde se encuentra el establecimiento de comercio de propiedad del deudor.

Entra la Sala a determinar la prosperidad de la Excepción De Merito, denominada por el ejecutado como “INEXISTENCIA DE TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES AUTÓNOMOS PARA SU FORMACIÓN”

Para el caso en concreto, resulta pertinente traer a colación la adición que hizo la ley 1395 DE 2011, al artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, al cual nos

¹⁰ Art 27 del CPL

¹¹ Art 44 del CPC

remitimos por aplicación analógica expresamente señalada en el Art 145 del CPL, dicha norma consagra:

“ARTÍCULO 497. MANDAMIENTO EJECUTIVO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 259 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal.

*<Inciso adicionado por el artículo 29 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> **Los requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Con posterioridad, no se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título,** sin perjuicio del control oficioso de legalidad. (negrilla y subrayado fuera del texto).*

Evidentemente de la norma transcrita, se desprende que todo ejecutado que pretenda atacar los REQUISITOS FORMALES del TÍTULO EJECUTIVO, solamente podrá hacerlo, interponiendo en la respectiva oportunidad procesal, recurso de reposición contra el auto que libró el mandamiento de pago, en el caso concreto dicho procedimiento fue omitido por el ejecutado, pues si bien el mismo presentó escrito proponiendo excepción por falta de requisitos formales en el título, lo cierto es, que no arremetió contra el mandamiento en la forma señalada en la ley, por lo tanto, esta Sala concluye que la excepción propuesta denominada Inexistencia de título ejecutivo complejo por falta de los requisitos formales autónomos para su formación, no está llamada a prosperar, pues le precluyó la oportunidad a la parte demandada en la oportunidad antes señalada, y por lo tanto, no se podía proponer como excepción de merito o fondo, sino mediante el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, tal como lo determina la norma antes mencionada.

Ahora bien, como el A quo no se pronunció sobre la excepción de merito denominada “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA ORDINARIA Y POR ENDE EXTINTIVA DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LA LIQUIDACIÓN MAL ELABORADA”, entra la Sala a hacer el respectivo análisis sobre la misma.

Sustenta el accionado ésta excepción, en que la prescripción se interrumpe en los términos del Artículo 90 del CPC, y que para las fechas de las liquidaciones elaboradas al 17 de septiembre de 2010, las supuestas obligaciones causadas hasta el 17 de septiembre de 2005 hacia atrás ya están más que prescritas en los términos del Artículo 2536 del C.C. modificado por la ley 791 de 2002.

Al respecto, resulta pertinente precisar que el objeto del presente proceso ejecutivo no es otro que cobrar por parte de la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESATÍAS S.A., los aportes a la seguridad social en materia de pensiones a cargo del empleador demandado.

(...)

*Acogiendo los criterios anteriormente expuestos, y como quiera que ha sido criterio de esta Sala el indicar que el **derecho la pensión no es prescriptible**, como quedo atrás señalado y*

que, por lo tanto, la acción encaminada a reclamar tales prestaciones perdura durante la vida del titular, sin perjuicio de la eventual prescripción de las mesadas, toda vez que este derecho ha sido unido al orden constitucional, conforme se desprende del artículo 48 de la Constitución Política y otros artículos de rango constitucional, igualmente la Jurisprudencia sobre este tema ha indicado que los

derechos patrimoniales que surgen de los derechos constitucionales sí pueden ser objeto de prescripción extintiva siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial del derecho constitucional, razón por la cual sí se puede establecer un término para la reclamación de las mesadas pensionales (ver las sentencias de la Corte Constitucional C-072 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-230 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara y C-198 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero), caso que no se presente en este instructivo, como quiera que la actora está reclamando es el pago de los aporte para pensión, no para ella, sino que los mismos deben ser pagados ante la entidad aseguradora del riesgo, que en este caso es el Instituto de Seguro Social.

Lo anterior implica que todos aquellos componentes determinantes del derecho a reconocerse, COMO LO SON LOS APORTES, O COTIZACIONES los cuales no pueden ser sustituidos y que además garantizan la viabilidad financiera del Sistema, tampoco pueden ser objeto de prescripción, **pues no podría reconocer un derecho que es imprescriptible, así las cosas se revocará la decisión proferida por el A quo quien deberá continuar con el trámite del proceso ejecutivo". (...)**

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 90, 497 del C.P.C. : ARTÍCULO 1° NUM. C DECRETO 2282 DE 1989 : ARTÍCULO 2536 C.C. MOD. LEY 791 DE 2002 : ARTÍCULOS 177, 305 Y 306 DEL C.P.C. : ARTÍCULO 151 C.P.L. : ARTÍCULO 14 ORD. C LEY 6° DE 1945 : ARTÍCULO 48 C.P.C. : Sentencias C-230 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara C.C. : C-072 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa C.C. : C-198 de 1999 M.P. Alejandro Martínez caballero C.C. : 21378 del 18 de febrero de 2004, M.P. Francisco J. Ricaurte Gómez C.S.J. : 35083 del 6 de mayo de 2010 M. P. Gustavo j. Gnecco Mendoza C.S.J.
FECHA	: 2012-02-29
PROCESO	: EJECUTIVO
PONENTE	: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
DEMANDANTE	: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.
DEMANDADO	: LUIS JESÚS CASTAÑEDA
RADICACIÓN	: 11-001-31-05-025-2010-00732-01
DECISIÓN	: REVOCA

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO Rad. 110016000019200908477 01 (11-09-12) COHECHO POR DAR U OFRECER – Antijuricidad material – Ofrecimiento a autoridades de Policía - Actos propios de las autoridades de policía para el cumplimiento de sus funciones - Ofrecimiento debe tener un propósito verificable.

“Se investiga y juzga a C. J. G. G. por haber ofrecido al policial Fabio Zabala Suárez una suma de dinero a cambio de una postura favorable a sus intereses en torno a la falta de la revisión técnico-mecánica del automotor de su propiedad; de donde deviene incuestionable la situación fáctica contraria al ordenamiento jurídico.

El defensor estima que a pesar de ello, el comportamiento no se encuadra dentro de las previsiones del artículo 407 del Código Penal ya que el uniformado, de una parte, había cumplido con la actividad de control y vigilancia que le era propia de sus funciones, y de otra, también efectuó el llamado a la patrulla de tránsito para que continuara con lo de su cargo, frente a la ausencia del documento relacionado con la revisión técnica del carro.

Por ende, el ofrecimiento que su patrocinado hizo no tenía ninguna efectividad.

2.- Es innegable que en la corrupción que se genera en el ejercicio de la función pública, el cohecho ocupa un lugar destacado, dando paso a uno de los problemas más serios que deben enfrentar las democracias modernas¹² dada su capacidad desestabilizadora tan grave como el terrorismo, el narcotráfico o la pobreza, razón que ha generado un significativo interés en la comunidad internacional¹³ y conducido a la creación de diferentes instancias para contrarrestar sus efectos destructivos, situación que no ha sido ajena a las preocupaciones del legislador colombiano¹⁴,

¹² Kofi Annan calificó la corrupción como mal endémico que afecta a todas las sociedades e incluso la persigue como desencadenante de otros males.

¹³ Fruto de lo anterior son, entre otras, La Convención Interamericana contra la Corrupción /96 y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción /2003.

¹⁴ Véase el Estatuto Anticorrupción o Ley 190 de 1995 y la Ley 668 de 2001 que estableció el día nacional de la lucha contra la corrupción.

pero en vista de los acontecimientos históricos impone a la judicatura mantener una actividad proactiva en contra de la impunidad que ordinariamente la protege¹⁵.

Dicho interés jurídico de la administración pública, se entiende como manifestación de los principios constitucionales que honran el ejercicio de la democracia y la igualdad de oportunidades que la ley otorga a los particulares para acceder a ella, incluyendo atributos de moralidad, integridad, transparencia, igualdad y eficacia, que conforman los derroteros que deben regir las relaciones entre servidores estatales y asociados en procura de la materialización de un orden justo, como lo proclama e impone la Carta¹⁶.

En efecto, la Constitución Política mantiene como propósito de la actividad de los servidores públicos, entre otros, fortalecer la igualdad de los asociados (Preámbulo), que es deber del Estado y sus agentes promover la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 1º), que entre los fines esenciales del Estado aparece el de servir a la comunidad (art. 2º), y que en el ejercicio de la función legislativa se debe actuar consultando la justicia y el bien común (art. 133).

Así, las cosas, estando instituidas las autoridades para la protección de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia; les asiste la facultad constitucional, legal y reglamentaria de mantener el orden jurídico. Por tanto, no le era ajeno como lo menciona el recurrente, al uniformado Zabala Suárez solicitar a los ocupantes del vehículo que en un lugar coyuntural de la ciudad se encontraba estacionado cerca de una estación de servicio siendo las primeras horas de la mañana; sus documentos de identificación así como los relacionados con el automotor.

Tampoco puede afirmarse que hasta allí iba el ejercicio de sus funciones, porque como autoridad que representa, ante la ausencia del certificado de revisión técnico mecánica, le obligaba hacer el reporte correspondiente a la autoridad de tránsito para los efectos pertinentes.

No es aceptable razonando como lo hace el defensor, que como no estaba dentro de sus facultades la posibilidad de inmovilizar el vehículo o imponer el correspondiente comparendo, tampoco pudiera procurar la presencia del funcionario competente. Por el contrario, como autoridad facultada para la protección y restablecimiento del orden jurídico, le obligaba adoptar la determinación de llamar a la patrulla de tránsito.

Luego el ofrecimiento de dinero que el procesado hizo, si tenía un propósito verificable: evitar que se impusieran las medidas correctivas del caso.

Por consiguiente, no se trataba de una dádiva inocua como lo afirma el apelante, con ella se procuraba obtener una postura favorable del policial, eludiendo la responsabilidad administrativa.

Ahora bien, que la oferta no se hubiese aceptado en nada desarticula el comportamiento porque lo que se sanciona es el proceder del particular que trata o induce al servidor público en un acto de corrupción. De manera que no es menester que efectivamente se produzca el proceder indebido buscado, para que el delito se configure.

Luego, aceptado como está, incluso por la defensa, que el señor G. G. entregó al uniformado Fabio Zabala una suma de dinero, que su propósito era que no se reportara la falta del certificado técnico mecánico del vehículo de su propiedad; se reafirma la tipicidad objetiva a que alude en primera instancia el recurrente, por lo que su argumento no destrona en ese tópico el fallo impugnado.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO Rad. 1100160000020100070302 (28-06-12) JURISPRUDENCIA – Fuerza vinculante de los cambios de Jurisprudencia de la Corte Suprema: Efectos / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Aplicación frente a los cambios en la jurisprudencia – Aplicación frente a los allanamientos a cargos improbados por no cumplirse la exigencia del artículo 349 del C.P.P..

“1.- Como primer punto, debe definir la Sala de Decisión si como lo hizo el a-quo, a pesar de haberse improbadado un allanamiento a cargos, por incumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 349 del estatuto procesal penal, ante la última postura jurisprudencial procedía acceder al sometimiento a la justicia y, en ese orden de ideas, disminuir la pena a imponer hasta en la mitad conforme lo prevé el artículo 351 del mismo compendio normativo.

Ciertamente desde el mismo momento de la formulación de imputación, los señores C. C. P. P. (8 de mayo de 2010), P. F. S. P. (12 de mayo de 2012), C. P. N. M. (7 de julio de 2010), J. J. Y O. M. G. M. (11 de agosto de 2010), admitieron libre, conciente, informada y voluntariamente su responsabilidad frente a los delitos de captación masiva y habitual de dineros del público, estafa agravada en la modalidad de masa y concierto para delinquir. No obstante, puesto en consideración de la judicatura tal sometimiento y aprobado por el a-quo, los representantes de víctimas lo apelaron por no cumplirse la exigencia del reintegro del dinero apropiado al menos en el cincuenta por ciento y la garantía de devolución del remanente.

Revisado el asunto por esta misma Sala de Decisión, el 9 de noviembre de 2010 declaró sin validez el allanamiento por virtud del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, disponiendo el trámite ordinario del proceso, llevándose a cabo formulación de acusación el 14 de abril de 2011 y programándose la audiencia preparatoria para el 29 de febrero de la presente anualidad.

En esta última calenda ante la variación de la jurisprudencia en torno al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 349 del CPP para los eventos de allanamiento a cargos, la bancada de la defensa solicitó la variación del objeto de la diligencia, para entrar nuevamente a verificar el sometimiento a la justicia realizado desde la formulación de imputación.

Debe precisar la Sala que inicialmente la jurisprudencia tenía afirmado que el allanamiento o la aceptación de cargos era una forma de acuerdo, por lo cual la condición prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004 para los acuerdos, era exigible en aquel evento.¹⁷ ...
(...)

¹⁵ Episodios de corrupción como los ocurridos en Foncolpuertos, Inurbe, Caprecom, Ferrovías, BCH, Banestado, Banpacífico, Banco Andino entre otros, demuestran que no son suficientes las múltiples leyes, ni los organismos creados para enfrentar la corrupción.

¹⁶ Cfr. C. S. de J. Sala de Casación Penal, Sentencia de octubre 22 de 1997.

¹⁷ Casación de diciembre 14 de 2005, radicación 21347.

El avance y movimiento continuo del derecho penal, llevó a determinar que la naturaleza de las formas de terminación anticipada del proceso previstas en la ley 906 de 2004, se relacionan en veces con el consenso y en otras se identifican con el derecho penal premial, de donde deviene diferenciar el allanamiento a cargos de los acuerdos verificados entre la fiscalía y el procesado.

Así entonces se consideró que el allanamiento o la aceptación de la imputación prevista en el artículo 293 de la ley 906 de 2004, no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía; por lo cual la condición exigida en el artículo 349 de la misma ley no constituye requisito para su legalización y aprobación.¹⁸
(...)

De acuerdo con esa nueva postura jurisprudencial, en cuanto el imputado o acusado aceptan la imputación o acusación tal como fue formulada y presentada por el Fiscal, sin discutir sus términos ni los hechos y sus consecuencias, tiene derecho a la rebaja punitiva, sin ningún condicionamiento distinto que el examen por parte del juez de conocimiento para determinar que la aceptación provino de un acto voluntario, libre y espontáneo del imputado, es decir, sin exigencia del reintegro del incremento patrimonial como inicialmente aconteció en este caso.

Así las cosas, acogiendo esta instancia al igual que lo hiciera el a-quo, el principio general de derecho según el cual la interpretación en materia penal es restrictiva, es decir, que debe preferirse la favorable a la odiosa, se accede a la aprobación del allanamiento a cargos verificado por todos y cada uno de los sentenciados en el momento de la formulación de la imputación. Y, en consecuencia, a reconocer las consecuencias punitivas favorables que de él se derivan.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO Rad. 110016000049200602023 02 (25-10-12) ALZAMIENTO DE BIENES –Tipicidad - El solo incumplimiento de una obligación civil no lo configura, es indispensable demostrar la finalidad de perjudicar al acreedor.

“Como quiera que el delito de alzamiento de bienes implica la simulación de una situación de insolvencia con el fin de defraudar al acreedor, el retiro de objetos de la masa de bienes con intención fraudulenta; debe estar plenamente demostrado el comportamiento doloso en contra del deudor.

(...)

El tipo objetivo del delito descansa, entonces, en presupuestos del derecho civil de las obligaciones, pues es condición esencial de su existencia una relación jurídico-obligacional, en virtud de la cual una persona (deudor) se obliga a la realización de una prestación a favor de otra (acreedor), cuya ejecución puede ser posible ante los órganos de la administración de justicia civil¹⁹.

La obligación que vincula a los actores debe ser de carácter patrimonial, pues el bien jurídico protegido es el patrimonio económico, reprochándose el traslado de los bienes del deudor con el fin de rehuirlos de las acciones de los acreedores; a través del ocultamiento o por medio de “cualquier otro fraude”, siempre que la conducta esté encaminada a un detrimento de los intereses del acreedor.

Aunque con el nacimiento de una obligación siempre surgirá el riesgo del incumplimiento del deudor, el objetivo de la norma penal precisamente es aminorar ese peligro, ya que la inobservancia de la obligación debe ventilarse por la vía civil, pero si se crea una inseguridad anormal a través de conductas fraudulentas encaminadas a sustraerse a las consecuencias correlativas y, por tanto, a lesionar la satisfacción del acreedor, el ordenamiento jurídico admite entonces la intervención del derecho penal para sancionar esa conducta.

Por consiguiente, el incumplimiento de una obligación sólo tiene relevancia en el derecho penal cuando se traduzca en una frustración fraudulenta del interés del acreedor a satisfacer su derecho con el patrimonio del deudor.

Por eso el tipo penal exige que la acción -alzarse, ocultar o cometer cualquier otro fraude-, sea cometida por el autor con la finalidad de “perjudicar a su acreedor”. De donde deviene concluir que la insolvencia como tal carece de relevancia si el autor no dirige su acción a perjudicar a sus acreedores, consígase o no el perjuicio.

En ese orden de ideas, para estructurar el delito las endilgadas maniobras fraudulentas de ocultación o distracción, física o jurídica, real o ficticia, de los bienes propios para eludir, dilatar o dificultar la satisfacción de obligaciones anteriores, deben ser intencionales y dirigidas justamente a dejar sin satisfacción el derecho del deudor.

Según el profesor Luis Carlos Pérez, por alzamiento de bienes debe entenderse,

“...la maniobra del deudor que los retira del lugar donde se encuentran, o bien los guarda para que no sean descubiertos. En la doctrina general esa conducta comprendía también la de ocultar, que la norma colombiana menciona expresamente, junto con el alzamiento y cualquier fraude similar. El alzamiento u ocultación no se refiere a la persona del deudor, sino a los bienes constitutivos de su patrimonio, y puede ser total o parcial, si con ello se evidencian propósitos de insolvencia para ocasionar el perjuicio que, como en todos los delitos de esta sección, solo es de índole patrimonial o económica.”²⁰

Conforme a tales postulados teóricos, surge como probable en este asunto, como lo concluyó el a-quo y no alcanzó a desvirtuar el recurrente, que la situación de insolvencia de la compañía BIOPHARMA S. A. no fue simulada, que el rango de beneficio no se compaginaba con el operacional, de manera que siempre se presentaba un faltante que dificultaba el desarrollo del objeto social. Como lo afirmaron los declarantes, era una empresa pujante y con proyección nacional, pero las condiciones que tenía pactadas principalmente con Abbott de Colombia, su principal cliente no le favorecían.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS
Vicepresidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

¹⁸ Sentencia segunda instancia, abril 27 de 2011, radicación 34829.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. El delito de alzamiento de bienes. Editorial Bosch, Casa Editorial, Barcelona-España

²⁰ PEREZ, Luis Carlos. Derechos Penal, Partes General y Especial, Tomo V. De los delitos en particular. Editorial Temis S.A., Bogotá. 1986, página 523.