

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



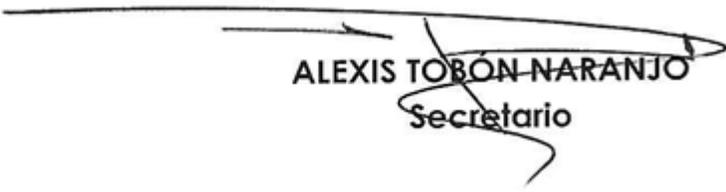
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 211

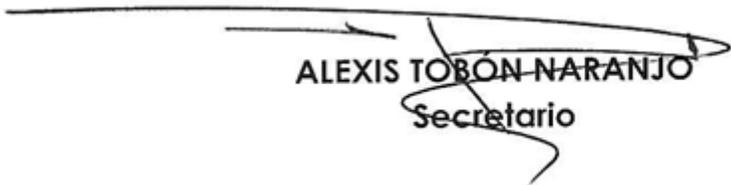
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021 - 1864 -4	Habeas corpus	Carlos Felipe Restrepo Peña	Juzgado Promiscuo Municipal de Entreríos y otro	Admite solicitud	Noviembre 30 de 2021
2021-1799-6	Tutela 1° instancia	RODRIGO ROMERO REGINO	Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Antioquia y o	Niega amparo solicitado	Noviembre 29 de 2021
2021-1729-6	Tutela 2° instancia	UBER ALEJANDRO ARIAS DUQUE	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y FUNDACIÓN UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA	Confirma fallo de 1° instancia	Noviembre 29 de 2021
2021-1768-6	Sentencia 2° instancia	OMISION DE AGENTE RETENEDOR	GUILLERMO DE JESUS GIRALDO ALVAREZ	Modifica sentencia de 1° instancia	Noviembre 30 de 2021
2021-1711-6	Consulta a desacato	LIGIA OROZCO LÓPEZ	NUEVA EPS	Confirma sanción	Noviembre 30 de 2021

FIJADO, HOY 01 DE DICIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

Medellín, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Siendo las 13:59 horas del día de hoy, 30 de noviembre de 2021, es entregada por correo electrónico institucional a este despacho acción de Habeas Corpus, con radicado interno 2021-1864-4 y así se le imprima el trámite de rigor. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1095 de 2006, **SE ASUME EL CONOCIMIENTO** de la referida acción constitucional que promueve el señor HUMBERTO DE LOS MILAGROS PÉREZ MAYA, a través de su defensor, contra el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ENTRERRÍOS, ANTIOQUIA y el JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SAN PEDRO DE LOS MILAGROS.

Vincúlese a la FISCALÍA 03 SECCIONAL DE SAN PEDRO DE LOS MILAGROS.

De lo anterior comuníquese a la parte accionada, a fin de que en el lapso máximo de **UNA HORA siguiente al recibo del traslado respectivo**, haga las manifestaciones que considere pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

Firmado Por:

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**a50a7f0ef82cd66c0c28e3a1e1aa1b075b622c4c2f45dfd7d31757
d9d3304e3d**

Documento generado en 30/11/2021 04:35:40 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202100659 **NI:** 2021-1799-6
Accionante: RODRIGO ROMERO REGINO
Accionados: JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTRO
Decisión: Decreta la cosa juzgada constitucional
Aprobado Acta No: 194 del 29 de noviembre del 2021
Sala No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre veintinueve del año dos mil veintiuno

VISTOS

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Rodrigo Romero Regino, reclamando la protección de sus derechos fundamentales que en su sentir le vienen siendo vulnerados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Rodrigo Romero Regino quien se encuentra privado de la libertad en el Centro Penitenciario La Paz de Itagüí, desde el 16 de abril de 2018, condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia a la pena principal de 72 meses de prisión, tras ser hallado penalmente responsable de la conducta punible de concierto para delinquir.

El día 23 de junio de 2021 el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín le negó la libertad condicional, decisión confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el día 28 de septiembre de 2021.

Asegura que cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la libertad condicional que establece el artículo 64 del Código Penal, que ha cumplido con las 3/5 partes de la pena impuesta. Finalmente insta por la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 18 de noviembre de la presente anualidad, se dispuso la notificación del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, en el mismo acto se ordenó la vinculación del Centro Penitenciario La Paz de Itagüí (Antioquia).

El Dr. Jaime Herrera Niño Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por medio de oficio número 191 – 2021-J del 19 de noviembre de 2021, manifestó que el señor Rodrigo Romero fue condenado por ese despacho el día 10 de julio de 2018 a la pena principal de 72 meses de prisión, tras hallarlo penalmente responsable de la conducta punible de concierto para delinquir agravado, sin que las partes e intervinientes interpusieran el recurso de alzada, posteriormente remitió el expediente a los juzgado de ejecución de penas para lo de su competencia.

Señala que el 28 de septiembre de la presente anualidad confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín por medio de la cual negó la libertad condicional al sentenciado pues no reúne los requisitos exigidos en la ley para concederla.

Asegura que el despacho actúo conforme a las garantías legales y constitucionales que le asisten al señor Romero Regino. Adjunta a la respuesta, copia de la providencia calendada el día 28 de septiembre de 2021.

La Dra. Yaneth Amparo Hoyos Aristizábal Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, por medio de oficio 2921 del día 22 de noviembre de 2021, manifestó que vigila la pena impuesta al señor Rodrigo Romero Regino de 72 meses de prisión, impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia tras ser hallado responsable del delito de concierto para delinquir agravado.

Por medio de auto interlocutorio número 1401 del 23 de junio de la presente anualidad, negó el beneficio de la libertad condicional en atención a la gravedad de la conducta, decisión que fue confirmada por el juzgado fallador el día 28 de septiembre de 2021.

Indica que no reposan en ese despacho solicitudes pendientes por resolver en nombre del señor Rodrigo Romero. Asegura que por los mismo hechos el accionante con antelación acudió a la acción de tutela, correspondiendo el conocimiento al H. Magistrado Edilberto Antonio Arenas Correa, donde el 25 de octubre negó el amparo de los derechos invocados.

Adjunta a la respuesta, copia de la providencia N° 1401 del día 23 de junio de 2020 y del auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el día 28 de septiembre de 2021.

Posteriormente se recibió complementación a la respuesta donde el juzgado que vigila la pena en oficio N° 2929 calendado el 23 de noviembre de 2021, informa que por medio de los autos interlocutorios N° 2900 y 3000, reconoció 51 días de redención y negó una vez más la libertad condicional al señor Rodrigo Romero Regino.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, y en decreto 333 de 2021 artículo 1 numeral 5, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Rodrigo Romero Regino, solicitó se amparen en su favor sus derechos fundamentales, presuntamente conculcados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, al negarle el disfrute de la libertad condicional de la cual pregona reunir el lleno de los requisitos establecidos en la ley.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Lo anterior indica que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no ha sido consagrada para provocar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

Así mismo, se ha reiterado que este mecanismo sólo tiene cabida en ausencia de otra vía judicial de defensa apta para proteger los derechos violentados o colocados en peligro, o cuando existiendo no sea eficaz al punto de enfrentar a la persona a un perjuicio irremediable.

4. Cosa juzgada constitucional

Frente al tema de la cosa juzgada constitucional la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado por medio de la Sentencia T-427/17, por medio de la cual señala lo siguiente:

“Cosa juzgada constitucional en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

1

...

70. Recientemente, en la Sentencia T-019 de 2016 se reiteró un estándar que permite identificar cuándo se ha violado el principio de cosa juzgada de un proceso de tutela que ya fue decidido por la Corte Constitucional o excluido de su selección para su revisión. Dicho estándar le permite al juez identificar cuándo existe una violación a la cosa juzgada, a saber: “(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos”^[101].

71. Los elementos (ii), (iii) y (iv) del estándar anterior son aquellos que determinan cuándo existe cosa juzgada. Estos elementos fueron desarrollados inicialmente en la Sentencia C-774 de 2001^[102] en los siguientes términos:

“Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado

¹ Corte Constitucional **Sentencia T-427/17**

o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada”.

Esta Sala considera necesario precisar que el análisis de la existencia de cosa juzgada constitucional, debe efectuarse verificando que materialmente no exista identidad subjetiva, fáctica o de pretensiones entre las tutelas comparadas. En efecto, algunas alteraciones parciales a la identidad no necesariamente excluyen la cosa juzgada, ya que, de lo contrario, accionar a una persona más o una menos puede significar, en todo caso, una identidad de sujetos. De igual modo, una variación de los hechos o un nuevo elemento que no tiene incidencia en las pretensiones ni en la decisión, tampoco puede ser razón per se para afirmar que no hay identidad de pretensiones, pues, agregar un hecho nuevo que no tenga incidencia en la decisión no puede justificar reabrir una controversia que ha cumplido el correspondiente trámite. Finalmente tener un mismo objetivo y pretensión no significa que deba existir una redacción idéntica de las pretensiones de las dos acciones, sino, en cambio, que el juez pueda verificar que materialmente existe una pretensión equivalente^[103].”.

5. Temeridad en la acción de tutela^[21]

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos

² Corte Constitucional sentencia T-272/19

fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones^[22].

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló^[23]:

*“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: **(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones^[24] y (iv) la ausencia de justificación razonable^[25] en la presentación de la nueva demanda^[26] vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) **(i) una identidad en el objeto**, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”^[27]; **(ii) una identidad de causa petendi**, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa^[28]; y, **(iii) una identidad de partes**, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”^[29]. (negrilla fuera del texto original)***

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar^[30].

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó esta Corporación que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia

de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista^[31].

6. Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Rodrigo Romero Regino, que protesta ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al negarle la libertad condicional, pues en su sentir cuenta con los requisitos establecidos en la ley para su disfrute.

En primer lugar, se debe puntualizar que por medio de providencia calendada el día 25 de octubre de 2021 aprobada por medio del acta N° 146, el H. Magistrado Edilberto Antonio Arenas Correa Magistrado de la Sala Penal de esta Corporación, falló solicitud de amparo constitucional la cual se identifica con la presente acción de tutela, pues coexisten identidad de partes, identidad en el objeto pretendido y situación fáctica.

La cosa juzgada constitucional se aplica cuando en dos o más acciones constitucionales coexisten identidad de partes, identidad fáctica e identidad de pretensiones, así mismo la alta Corporación ha reseñado que no se puede prescindir de la figura de cosa juzgada constitucional cuando se presentan cambios parciales, los cuales no alteran la materia o el fin perseguido. ello trae como consecuencia que no se debe debatir nuevamente sobre controversias ya discutidas, para garantizar así la seguridad jurídica de los fallos judiciales.

Es preciso señalar, que en sentencia T-019 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, se estableció un patrón que permite identificar cuándo se ha violado el principio de cosa juzgada, a saber: *“(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos”*.³

En conclusión, es evidente que efectivamente en las dos solicitudes de amparo, coexisten identidad de partes, siendo el accionante el señor Rodrigo Romero Regino, los despachos judiciales demandados el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, y versan sobre el mismo objeto o causa pretendida, al igual que comparten idénticos hechos. Encontrándose esta Sala en la imposibilidad de entrar a conocer y decidir sobre los mismos hechos y pretensiones, que ya fueron debatidos por medio del fallo de tutela proferido por esta Corporación el pasado 25 de octubre del presente año.

Es importante resaltar que no se logró comprobar la mala fe en el actuar del señor Rodrigo Romero Regino, por cuanto no se estableció si lo ocurrido fue por un error en la oficina que efectúa la labor del reparto, dado que los escritos de tutela son idénticos, es por esto que queda descartada la figura de la actuación temeraria.

³ Corte Constitucional sentencia T-019 de 2016

En consecuencia, no le queda otra alternativa a esta Sala que declarar la improcedencia de la acción de tutela decretando la *cosa juzgada constitucional*, conforme al fallo de acción de tutela emitido por el H. Magistrado Edilberto Antonio Arenas Correa Magistrado de la Sala Penal de esta Corporación el día 25 de octubre del presente año.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: SE DECRETA LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, declarando la improcedencia de la acción de tutela frente a la solicitud de amparo que eleva el señor Rodrigo Romero Regino en contra del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
c4bec618a2b3caad97de7e2981fc3d86637b975b958fd11929974b2b10661dc0

Documento generado en 29/11/2021 03:33:53 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 056153104003202100092

NI: 2021-1729-6

Accionante: UBER ALEJANDRO ARIAS DUQUE

Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y FUNDACIÓN
UNIVERSITARIA ÁREA ANDINA

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No.: 194 del 29 de noviembre del 2021

Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre veintinueve del años dos mil veintiuno

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del día 20 de octubre del año 2021, negó el amparo Constitucional invocado por el señor Uber Alejandro Arias Duque, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el señor Uber Alejandro Arias Duque, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción Constitucional fueron sintetizados por la Judicatura de Instancia de la siguiente manera:

“Sostuvo el accionante que se inscribió y participó en la convocatoria “Procesos de selección territorial 2019- Alcaldía de Rionegro, Antioquia” al empleo con

código 79685 nivel profesional o profesional universitario grado 2, cumpliendo con todos los requisitos contemplados en el artículo 6 del acuerdo No. CNSC-2019000001266 del 4 de marzo de 2019.

Agregó que, dentro del proceso de inscripción como participante a la convocatoria, aspirante 225205232, se presentó el diploma y acta de grado de Especialización en Ingeniería Financiera, otorgado por la Universidad Nacional de Colombia - Sede Medellín: Diploma 38506 con registro N° 1703, Folio 15 del libro de diplomas N°2 de la sede Medellín, Facultad de Minas, entre otros documentos.

Posterior a la respectiva admisión a la convocatoria, y la consecuente aplicación de las pruebas de competencias establecidas en el artículo 3 del acuerdo antes referido, se publicaron los resultados definitivos obtenidos por los aspirantes al proceso de selección, donde se alcanzó un puntaje total de 60.25, en el cual se encuentra incluida la valoración de sus antecedentes, quedando de segundo en la posición para la asignación del cargo.

En el artículo 36 de la convocatoria se establece que, para los estudios finalizados en empleos del nivel profesional, grado especialización tendría una valoración de 20 puntos, de los 40 máximos posibles, para la valoración de antecedentes relacionados con la educación formal, los cuales no le fueron asignados.

Al percatarse de que no había sido otorgado valor alguno a su título de Especialista en Ingeniería Financiera”, dentro de la etapa de valoración de antecedentes del proceso, aduciéndose como argumento, por parte del CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina: “El título de Especialización en Ingeniería Financiera no se valida debido a que no tiene relación con las funciones del empleo a proveer, incumpliendo lo establecido en el artículo 14 del acuerdo de la presente convocatoria”, oportunamente formuló reclamación exponiendo los siguientes argumentos: En primer lugar, expuso que, en la convocatoria del cargo a proveer, no se estableció un título específico

a nivel de posgrado; de ahí que se dejara abierto el campo a diferentes disciplinas. Sin entender cuál argumento de fondo utilizó la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, para definir cuales postgrados tienen o no relación con el cargo para el cual concursó.

En segundo lugar, llamó la atención en que en la convocatoria se definía un “Núcleo Básico de Conocimiento” en áreas administrativas tales como: (...) Contaduría, Economía y afines, para el caso del título profesional; de modo que, bajo ese entendido, era lógico que los títulos de posgrado estuvieran relacionados con tales disciplinas, siendo este el caso de la especialización en Ingeniería Financiera, la cual es un área de profundización de la Administración, la Contaduría y la Economía.

En tercer lugar, señaló que, el propósito del cargo a proveer, consiste en: “Aplicar los conocimientos profesionales relacionados con el área de desempeño, que contribuyan al desarrollo oportuno de los planes, programas y proyectos de las diferentes secretarías donde se desempeñe, para el cumplimiento del plan de desarrollo de la entidad.”, y que, en tal virtud, demostró que para el desarrollo de planes, programas y proyectos es necesario considerar siempre factores financieros, para lo cual es útil esta formación adicional (Especialización en Ingeniería Financiera).

Seguidamente, indicó concretamente la relación existente entre el cargo a proveer, y las materias o módulos que cursó en la especialización referida, anexando el plan de estudios adelantado y haciendo una relación entre las mismas y cada una de las funciones del cargo a proveer.

Conforme a lo anterior, formuló las siguientes peticiones: “(...) se valide, incluya y acepte dentro de la evaluación de antecedentes el título de posgrado denominado Especialización en Ingeniería Financiera aportado por el aspirante. En consecuencia, con lo anterior, solicito se asigne el puntaje correspondiente conforme lo dispuesto en el artículo 35 de la convocatoria y se ajuste el resultado final.”

No obstante lo anterior, la parte accionada al dar respuesta a su reclamación, en un extenso escrito de diez páginas, solo se refirió a su caso específico en dos párrafos, pero, en modo alguno, se pronunció sobre los distintos argumentos que planteara el suscrito para explicar por qué motivo sí resultaba relacionada su especialización con el cargo ofertado, pues si bien, dichas accionadas no estaban compelidas necesariamente a otorgarle una respuesta favorable, lo cierto es que mínimamente, en razón de sus garantías fundamentales al debido proceso y a obtener una respuesta de fondo a su petición, sí estaban obligadas a explicarle por qué motivo no le asistía razón en lo argumentado.

Manifiesta que, advierte una respuesta evasiva, en la que las entidades se limitan a citar la definición de la especialización en Ingeniería Financiera que figura en la página web de la Universidad Nacional; desconociendo el fondo de la especialización y la amplitud de lo que implica la Ingeniería Financiera, lo cual, con todo respeto, no constituye razonamiento que, desde la lógica, resuelva sus inquietudes, o en otras palabras, de la sola lectura de ello no se puede extraer el motivo concreto por el cual el cargo supuestamente no se relaciona con el posgrado antes referido.

Agregó que, no resulta claro cuál es la norma que determina los criterios para valorar el componente de Educación dentro de la convocatoria, dado que al momento de informarse la no validación del título de especialista mencionado, se le citó el artículo 14 del Acuerdo Rector, más al responderse la reclamación, se cita, de forma indistinta, dicha norma, y también el artículo 36 del mismo compendio, de ahí que no se aprecie de forma diáfana para este peticionario, cuáles son entonces los criterios que llevaron a las entidades accionadas a negar el otorgamiento del puntaje pertinente al título académico adicional acreditado por el suscrito.

En esa medida, acude al Juez Constitucional para que le sean amparados sus derechos fundamentales de petición y debido proceso, ordenando a las accionadas que se sirvan dar respuesta de fondo a su reclamación elevada el

27 de agosto de 2021, atendiendo a cada uno de los argumentos planteados explicando por qué motivo su especialización en ingeniería financiera se encuentra relacionada con las funciones del empleo a proveer.

Asimismo, se conceda su petición de que se valide, incluya y acepte dentro de la evaluación de antecedentes el título de posgrado denominado Especialización en Ingeniería Financiera aportado y en consecuencia con lo anterior, se asigne el puntaje correspondiente conforme lo dispuesto en el artículo 35 de la convocatoria y se ajuste el resultado final.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el día 5 de octubre del año en curso, se corrió traslado a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Fundación Universitaria del Área Andina, para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

Es así como el **Coordinador jurídico de la Fundación Universitaria del Área Andina**, señaló que el señor Uber Alejandro Arias Duque, presentó pruebas escritas el domingo 28 de febrero de 2021, superando las mismas con puntaje superior a 65,00, resultados que fueron publicados por la CNSC a través del sistema SIMO el 9 de julio de 2021, por tal motivo el demandante continuó el proceso y le fue realizada la prueba de valoración de antecedentes, la cual tiene carácter clasificatoria según lo establecido en el acuerdo y sería realizada por una institución de educación superior contratada por la CNSC, con base en la documentación aportada en el sistema SIMO hasta la fecha de cierre.

Es preciso señalar que el puntaje para el accionante fue de 20,00, interpuso reclamación al estar en desacuerdo con el mismo, por ende, por medio del radicado RECVA-TI- 0117 del 17 de septiembre de 2021 y Alcance RECVA-TI-0117-1, le resolvieron la solicitud por medio de la cual no accedió a lo solicitado toda vez que los certificados aportados de estudio y experiencia habían sido correctamente verificados y en consecuencia se ratificó el puntaje publicado.

Aseveró que en cuanto a la *especialización en ingeniería financiera* ingresada en la plataforma SIMO, se cometió un yerro al digitarla al indicar que no se valida por incumplir lo establecido en el artículo 14 del acuerdo, lo correcto es que no se valida debido a que no tiene relación con las funciones del empleo a proveer, incumpliendo lo establecido en el artículo 36 del acuerdo de la convocatoria.

En relación a la especialización en ingeniería financiera recalcó textualmente lo siguiente: “...es necesario aclarar que se trata de una formación enfocada a capacitar recurso humano para la gestión estratégica y operativa del riesgo financiero en las organizaciones, así como para la aplicación de la teoría financiera apoyada en herramientas matemáticas y de computación.” Mientras que el propósito general de la OPEC está orientado a aplicar conocimientos profesionales relacionados con el área de desempeño, que contribuyan al desarrollo oportuno de los planes , programas y proyectos de las diferentes secretarías donde se desempeñó, para el cumplimiento del plan de desarrollo, por lo que no es probable establecer una relación directa con las funciones del empleo a proveer.

De acuerdo a las funciones específicas de la OPEC, estas textualmente son: “se encuentran enfocadas a coordinar y realizar estudios e investigaciones tendientes al logro de los objetivos, planes y programas de la entidad y preparar los informes respectivos, de acuerdo con las instrucciones recibidas, participar en la formulación, diseño, organización, ejecución y control de planes y programas del área interna de su competencia, velar por la correcta ejecución y cumplimiento de las actividades, metas y objetivos plasmados en los programas institucionales y los planes de acción específicos del área, presentar oportunamente los informes que le sean solicitados sobre el desarrollo de los programas y procesos, apoyar las labores técnicas de supervisión e interventoría, elaborar informes y proyectar conceptos e indicadores que apoyen la toma de decisiones de la alta dirección, aplicando los conocimientos profesionales en el desarrollo de dicha actividad.”

Funciones que se encuentran orientadas a efectuar actividades de desarrollo oportuno de los planes, programas y proyectos para el cumplimiento del plan de desarrollo de la entidad, que no existe relación alguna con el título de especialización en ingeniería financiera, asegurando que esta enfocado en otras áreas de conocimiento que no tienen relación con el propósito y las funciones específicas de la OPEC.

Por ende, la puntuación en la valoración de antecedentes se realizó en estricto cumplimiento a los criterios valorativos establecidos en el acuerdo rector, ratificando el resultado definitivo publicado. Que la persona que aspire a este cargo debe cumplir con el lleno de los requisitos establecidos, y con la inscripción el aspirante acepta las condiciones de cada convocatoria.

Finalmente señaló que al no acceder a las pretensiones del demandante no está vulnerando su derecho al debido proceso, a la igualdad o acceso a cargos públicos, que debe declararse la improcedencia de la presente acción de tutela por la inexistencia de un perjuicio irremediable.

Por su parte, el **Dr. Jhonatan Daniel Sánchez** asesor jurídico de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, inicia su intervención recalcando la improcedencia de la presente acción de tutela por el requisito de la subsidiariedad, por cuanto el accionante cuenta con otro medio idóneo para obtener su pretensión, pues la inconformidad del actor radica en la normatividad que rige el concurso, situación que se encuentra plasmado en los acuerdos del mismo, y en los criterios proferidos por la CNSC, que son actos administrativos de carácter general los cuales tienen un medio de defensa idóneo en caso de controversia.

Aseguró que la comisión es un órgano técnico de dirección y administración de los regímenes de carrera, sus decisiones son autónomas, no depende su actividad y funcionamiento de ninguna de las ramas del poder público, referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos.

Reiteró lo señalado por la Fundación Universitaria del Área Andina, en el entendido de que el señor Uber Alejandro Arias presentó prueba escrita el domingo 28 de febrero de 2021, superando las mismas con puntaje superior a 65,00, resultados que fueron publicados por la CNSC a través del sistema SIMO el 9 de julio de 2021, por tal motivo el demandante continuó el proceso y le fue realizada la prueba de valoración de antecedentes.

Es preciso señalar que el puntaje para el accionante fue de 20,00, interpuso reclamación al estar en desacuerdo con el mismo, por ende, por medio del radicado RECVA-TI- 0117 del 17 de septiembre de 2021 y Alcance RECVA-TI-0117-1, le resolvieron la solicitud no accediendo a lo solicitado toda vez que los certificados aportados de estudio y experiencia habían sido correctamente verificados y en consecuencia se ratificó el puntaje publicado.

Aseveró que en cuanto a la *especialización en ingeniería financiera* ingresada en la plataforma SIMO, se cometió un yerro al digitarla al indicar que no se valida por incumplir lo establecido en el artículo 14 del acuerdo, lo correcto es que no se valida debido a que no tiene relación con las funciones del empleo a proveer, incumpliendo lo establecido en el artículo 36 del acuerdo de la convocatoria.

Las funciones de la OPEC se encuentran orientadas a efectuar actividades de desarrollo oportuno de los planes, programas y proyectos para el cumplimiento del plan de desarrollo de la entidad, que no existe relación alguna con el título de especialización en ingeniería financiera, asegurando que se encuentra enfocado en otras áreas de conocimiento que no tienen relación con el propósito y las funciones específicas de la OPEC.

Por ende, la puntuación en la valoración de antecedentes se realizó en estricto cumplimiento a los criterios valorativo establecidos en el acuerdo rector, ratificando el resultado definitivo publicado. Que la persona que aspire a este cargo debe cumplir con el lleno de los requisitos establecidos, así mismo, con la inscripción el aspirante acepta las condiciones de cada convocatoria.

Finalmente señaló que al no acceder a las pretensiones del demandante no se está vulnerando su derecho al debido proceso, a la igualdad o acceso a cargos públicos, pues se le brindó explicación de las razones por la cuales no se accedieron a las mismas. Solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela por inexistencia de un perjuicio irremediable y por falta de vulneración de derechos fundamentales del señor Arias Duque.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego de plantear el problema jurídico a resolver, el Juez *a-quo* frente al caso en concreto señaló:

El motivo de disenso del accionante radica en que las entidades demandadas no dieron respuesta de fondo a la reclamación elevada el día 27 de agosto de la presente anualidad, dentro de la convocatoria "*Procesos de Selección Territorial 2019 – Alcaldía de Rionegro Antioquia*", al empleo con código 79685, nivel profesional, o Profesional Universitario Grado 2", por medio de la cual pretende se valide, incluya y acepte dentro de la evaluación de antecedentes el título denominado Especialización en Ingeniería Financiera asignándose el puntaje correspondiente.

Del material probatorio se evidencia, que el día 17 de septiembre de 2021 la Fundación Universitaria del Área Andina emitió respuesta evacuando la totalidad de los puntos que fueron objeto de inconformidad, en el sentido de informar que el título en especialización en ingeniería financiera, no fue validado debido a que no tiene relación con las funciones del empleo a proveer, que si de manera errónea se hizo alusión al artículo 14 del acuerdo luego se aclaró que la equivocación ocurrió por un problema de digitación pues el artículo que se incumplió fue el 36 del acuerdo rector.

Encontrando que la respuesta fue acertada clara y de fondo, pues en ella, se explicó que debido a que el título especialización en ingeniería financiera es

una formación enfocada en capacitar recursos humanos para la gestión estratégica y operativa de riesgo financiero en las organizaciones y para la aplicación de la teoría financiera apoyada en herramientas matemáticas y de computación, consideran que el propósito general de la OPEC está orientado en aplicar los conocimientos profesionales relacionados al área de desempeño para el cumplimiento del plan de desarrollo de la entidad, no fue posible establecer una relación directa con las funciones del empleo a proveer y como resultado la ello la puntuación asignada.

Consideró que al demandante se le reservó su derecho al debido proceso, pues obtuvo respuesta a todas sus reclamaciones y requerimientos, aunque las mismas no fueron resueltas favorablemente accediendo a lo pretendido, las entidades demandadas ilustraron las consideraciones de la puntuación y ajustaron la misma valorando en debida forma los documentos aportados por el señor Uber.

Además, por medio de la acción de tutela no puede pretender cuestionar los requisitos determinados en la convocatoria y procurar se modifique la reglamentación delimitada; pues el proceso se ajustó a lo establecido en el acuerdo CNSC 20191000001266 del 04/03/2019, sin advertir actitud caprichosa vulneradora de derechos fundamentales.

Por lo anterior, concluyó que no es posible conceder la acción de tutela cuando no puede atribuirse a las entidades demandadas conducta que amenace o vulnere derechos fundamentales. En consecuencia, negó por improcedente la acción de tutela invocada por el señor Uber Alejandro Arias Duque en contra de la CNSC y la Fundación Universitaria del Área Andina.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado el señor Uber Alejandro Arias Duque, impugnó la misma, en los siguientes términos:

Denota su inconformidad con el fallo de primera instancia, refiriendo que en la respuesta a la reclamación del día 17 de septiembre de 2021 las entidades demandadas no brindaron respuesta de fondo, pues solo se limitaron a indicar la definición del cargo a proveer, respecto a la especialización en ingeniería financiera omitiendo brindar las razones por las cuales el programa académico referido no se relaciona con el cargo al cual aspira.

Su inconformismo radica textualmente en lo siguiente: *“Concretamente, señalé:*

1. En primer lugar, en el artículo 14 del acuerdo rector, establece unos requisitos mínimos para que el programa académico sea tenido en cuenta, los cuales cumplí. Sin embargo, dicha norma no regula cuáles son los criterios que utilizará la comisión para indicar si el documento es relacionado o no con un núcleo básico de conocimiento. 2. En la convocatoria no establece un título específico al nivel de posgrado lo que deja abierto el campo a diferentes disciplinas. Entonces no es claro bajo qué criterio se define cuáles posgrados se evalúan y cuáles no, cuando el título es adicional al requisito mínimo. 3. La convocatoria define un “Núcleo Básico de Conocimiento (NBC) en áreas Administrativas, (...), Contaduría, Economía (..) y afines” para el caso de Título Profesional (Requisito Mínimo). En esta misma lógica, deben tenerse en cuenta los títulos de posgrados relacionados con el NBC del título profesional, así las cosas las finanzas, y con ellos la Ingeniería Financiera que se desprende de ellas, hacen parte de las áreas de conocimientos conocimiento solicitados en la convocatoria, ya que se incluyen dentro de los NBC antes mencionados. La ingeniería financiera es un área de especialización de la Administración, la Economía y La Contaduría. 4. Asimismo, de cara a los módulos cursados en la especialización, expliqué por qué sí tenía relación la misma con las funciones específicas del cargo, concluyendo: “En conclusión en un cruce sencillo de las funciones del cargo ofertado, con las asignaturas y áreas temáticas contenidas en la especialización se observa la estrecha relación y pertinencia de una especialización en Ingeniería Financiera con la gestión de planes, programas y proyectos, así como en diferentes tópicos de los señalados en el pliego de la convocatoria. Controvirtiendo lo expresado en el informe de evaluación donde se descarta la puntuación por no tener relación con las funciones del cargo.”.

Finalmente insta por la protección de sus derechos fundamentales, considerando que el derecho de petición continúa vulnerado al no recibir una respuesta de fondo a sus reclamaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita el señor Uber Alejandro Arias Duque, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina y en ese entendido ordena se le brinde una respuesta de fondo al requerimiento presentado desde el 27 de agosto de 2021, atendiendo cada uno de los puntos señalados y se expongan las razones por las cuales la especialización en ingeniería financiera no se encuentra relacionada con las funciones del empleo a proveer.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar la vulneración o amenaza de sus derechos constitucionales fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Fundación Universitaria del Área Andina; estableciendo si efectivamente se presentó vulneración al derecho fundamental de petición tal como lo demanda el señor Uber Alejandro, aunado a ello, si es posible ordenar se valide la especialización en ingeniera financiera en la valoración de antecedentes, ajustándose el puntaje final.

Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las

autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En el caso sub *examine*, se tiene que el motivo de inconformidad del accionante, es que exige se le brinde respuesta de fondo, clara y congruente a la reclamación elevada desde el 27 de agosto de 2021 ante las entidades demandadas, requiere se le exponga las razones por las cuales el programa académico no se relaciona con el cargo ofertado. Una vez establecido lo anterior se valide e incluya en la valoración de antecedentes el título de especialización en ingeniería financiera, ajustando el puntaje final.

Lo cierto es que según el material probatorio recopilado, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, brindaron respuesta de fondo a los requerimiento que cuestiona el demandante, en el sentido de exponer que la especialización en ingeniería financiera no tiene relación con el propósito del cargo a proveer, constituye en el punto de mayor inconformidad del actor, no obstante, no es posible ordenar por medio de la acción de tutela se valide y se ajuste el puntaje final, máxime si no vislumbra esta Sala vulneración a derechos fundamentales.

Por otra parte para que proceda la acción de tutela debe presentarse vulneración o amenaza de derechos fundamentales y para el caso concreto no se observa tal vulneración, pues lo que pretende en ultimas el accionante en

esta oportunidad es que las entidades demandadas de nuevo revisen y adecuen la calificación del puntaje obtenido dentro de la convocatoria, cuando ya fue objeto de estudio por parte de las entidades encausadas y frente a las reclamaciones proporcionaron las respectivas respuesta; el acceder a ello sería conculcar derechos de quienes se encuentran ocupando una posición superior a quien hoy acciona y frente a los demás aspirantes, por lo que considera la Sala se torna improcedente este mecanismo subsidiario y residual.

Recuérdese que esta acción es de carácter residual y subsidiaria y solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa, a menos que se invoque de manera transitoria para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, quebranto que debe ser aducido por quien acciona y en este caso el señor Uber Alejandro, en su escrito no plantea cuál es el detrimento o la vulneración a sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, si lo que se pretende es discutir un acto administrativo lo que procede es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, en proceso de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, inclusive, pretensión que puede ser acompañada con petición de suspensión provisional del acto vulnerador de derechos.

En consecuencia, esta Sala considera que razón le asiste al juez de instancia al negar las pretensiones incoadas por el tutelante, por cuanto dar una orden diferente, sería desconocer las reglas de cada convocatoria, y entorpecer su desarrollo debido y el normal y autónomo funcionamiento interno de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el desarrollo de sus convocatorias y las reglas que las rigen.

Se itera que no avizora esta Sala, que el señor Arias Duque hubiese activado la jurisdicción contenciosa administrativa para así obtener sus pretensiones, al considerar vulnerados sus derechos, lo que ahora pretende conseguir vía acción de tutela, siendo un mecanismo residual y subsidiario, para

salvaguardar los derechos que por su urgencia e inminencia requieren la intervención del juez constitucional.

En este orden de ideas, no encuentra esta Sala razones válidas para revocar el fallo de tutela de instancia, por lo que procedente es CONFIRMARLO. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), calendada el día 20 de octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

95ae1fef4991d44c4226b38552ebbcdbc33f4f7c4131
4845d493885b77e4ec68

Documento generado en 29/11/2021

03:34:06 PM

Valide este documento electrónico en la
siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Proceso No: 050016000206201101313 NI: 2021-1768
Condenado: GUILLERMO DE JESUS GIRALDO ALVAREZ
Delito: OMISION DE AGENTE RETENEDOR
Motivo: Apelación sentencia incidente de reparación
Decisión: Modifica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050016000206201101313. **NI:** 2021-1768
Condenado: GUILLERMO DE JESUS GIRALDO ALVAREZ
Delito: OMISION DE AGENTE RETENEDOR
Motivo: Apelación sentencia incidente de reparación
Decisión: Modifica
Aprobado por medios virtuales mediante acta No. 195 del 30 de noviembre de 2021 **Sala No: 6**

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, Noviembre treinta de dos mil veintiuno

I. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación de víctimas contra la sentencia del 28 de Julio año en curso, que puso fin al incidente de reparación integral.

II. Hechos y actuación procesal relevante

Fueron narrados así en la sentencia que puso fin al incidente de reparación integral así:

“El señor GUILLERMO DE JESÚS GIRALDO ÁLVAREZ, Representante Legal de la sociedad “CENTRO DE LLANTAS RIONEGRO LTDA.- presentó declaraciones bimestrales de impuesto sobre las ventas de los periodos 2, 3, 5 y 6 del año gravable 2009.

No obstante, el Representante de dicha sociedad no pagó en el término de ley, las sumas recaudadas en esos periodos del año 2009, que corresponden a \$1.329.000, \$3.830.000, \$1.248.000 y \$4.510.000 respectivamente. Liquidados estos valores, al 19 de marzo de 2019 –fecha de ejecutoria de la sentencia-, aplicando tasa de interés moratorio aprobada por la Superintendencia Financiera, la DIAN certificó que la obligación ascendió a \$28.837.000Pese a la gestión de la DIAN a través de cobro coactivo, el señor GUILLERMO DE JESUS GIRALDO ALVAREZ, en calidad de representante legal de la sociedad Centro de Llantas Rionegro Ltda, no ha cancelado la obligación”

El día once (11) de marzo de 2019, esta instancia judicial, luego de la aceptación de cargos con sujeción a la ritualidad propia de la Ley 906 de 2004, condenó a GUILLERMO DE JESÚS GIRALDO ÁLVAREZ, por el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, dictó sentencia en la cual lo condenó a 38 meses 12 días de prisión y multa equivalente a 13.206.400 por encontrarlo responsable como autor de la conducta punible, dicha decisión no fue objeto de recursos quedando debidamente ejecutoriada. La DIAN reconocida como víctima dentro de la presente actuación, a través de su apoderada, en la primera audiencia del incidente de reparación integral presentó la pretensión indemnizatoria, señalando que la entidad aspira a que el incidentado pague la suma de \$28.837.000 por concepto de daño emergente y que, además cancele por el rubro de lucro cesante, los intereses corrientes liquidados al momento de proferirse la sentencia.

La pretensión indemnizatoria, en términos del art. 103 del C.P.P., la soportó la víctima en documentos que descubrió debidamente, a saber:

- a. El oficio 1112444452870 expedido el 19 de junio de 2019 por la División de Cobranzas del Grupo Coactivo de la DIAN donde se certifican los montos adeudados, los cuales en la liquidación suman un total de \$28.837.000 pesos; y,
- b. Cuatro declaraciones privadas suscritas por el señor Guillermo de Jesús Giraldo Álvarez que corresponden a las ventas de los periodos 2,3,4 y 5 del año 2009 y cuyos valores dejó de pagar el procesado.

III. Sentencia de Primera Instancia trámite incidental

Inicia con un recuento del proceso penal, lo actuado dentro del trámite del incidente de reparación integral y un análisis de las pruebas aportadas, para concluir que conforme a la jurisprudencia trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no es posible acceder a las pretensiones del demandante pues cuenta la DIAN, con la vía del cobro fiscal para satisfacer sus pretensiones tendientes a recuperar los tributos dejados de pagar por el condenado no siendo posible el ejercicio paralelo del incidente de reparación integral y esta demostrado que ya se adelanto el cobro fiscal por parte de la DIAN.

En consecuencia desechó las pretensiones de la víctima, se abstuvo de condenar en costas y fijo como agencias en derecho un valor equivalente a un 5% del valor de las pretensiones al momento de presentarse el incidente, esto es la suma de \$1'441.850 dando aplicación al Art 5º del Acuerdo No. PSAA16-10554.

IV. Apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia el apoderado de las víctimas, consideró que el proceso fiscal adelantado por la DIAN no culminó por operar el fenómeno de la prescripción por lo que era posible adelantar el incidente de reparación integral.

Igualmente expuso su oposición a la condena en agencias en derecho, pues no se demostró que estas se causaran la parte demandada no las solicitó, ni resulta procedente su reconocimiento visto que siempre la representación de víctimas estuvo presta a cumplir todas las citaciones y audiencias desarrolladas dentro del trámite del incidente de reparación integral.

V. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de los planteamientos del recurrente sobre la improcedencia del incidente de reparación integral y la condena en agencias en derecho.

Sobre el primer tema, la línea jurisprudencial trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es clara, cuando se esta frente a situaciones como las que aquí nos ocupa en la que existe otro procedimiento para lograr resarcir los perjuicios ocasionados como lo es el de Ejecución Fiscal no procede el incidente de reparación integral al respecto el Alto Tribunal¹precisa:

“Por tanto, en ese punto, respecto de la potestad de acudir a otras vías legales, la Corte no encuentra motivos para deducir la intención expresa o tácita del legislador de dotar a las víctimas de la facultad extraordinaria de promover junto con el incidente de reparación,

1

si a bien lo tienen, otras acciones que les asegure el pago efectivo de los perjuicios; como tampoco aparece formulada la alternativa de proponerlo cuando el mecanismo judicial iniciado previa o simultáneamente decaiga o fracase por alguno de los motivos que conforme a la ley pone fin al asunto. Esta es la comprensión adecuada de la situación, dentro de la lógica de evitar abusos del derecho.

Al contrario de una tesis que propicie en favor de las víctimas la potestad de instaurar acciones de manera paralela o accesoria hasta conseguir el pago efectivo de los perjuicios, las regulaciones de la Ley 906 de 2004 dentro de la misma materia permiten comprender que esa no es una práctica admisible. Así de infiere del carácter preclusivo del incidente de reparación integral —aun cuando no se acogió la propuesta de algunos de los redactores respecto de la necesidad de hacerlo expreso—; del «archivo de la solicitud y la condenatoria en costas», bajo el entendido del «desistimiento de la pretensión», cuando el incidentante deja de asistir injustificadamente a alguna de las audiencias; de la naturaleza y los efectos de la decisión que le pone fin al procedimiento, esto es una sentencia (artículo 105 C.P.P.), salvo en el caso de que las partes concilien en la primera audiencia (artículo 103, inciso 2º, primer apartado ejusdem), configurándose allí el título ejecutivo.

Por consiguiente, si como lo dispone la norma, el incidente de reparación debe decidirse mediante sentencia —no necesariamente de condena— o finiquitarse por conciliación, es obvio que el incidentante no podrá demandar nuevamente con el propósito de conseguir otro pronunciamiento de la misma índole, independientemente de la eficacia o no del trámite incidental.

Por lo mismo, constituiría un verdadero contrasentido que si la víctima adelantó otra acción legal —antes o después de la declaración de responsabilidad penal— con el fin de hacer efectivo el pago de la misma obligación cuya omisión derivó en delito, se le permitiera eludir los resultados de ese proceso para reivindicar el cobro ante el juez penal, por la ineficacia de aquel.

“(…) frente a todos los antecedentes reseñados —tanto legislativos como jurisprudenciales—, no hay razones que permitan sustentar que el propósito del legislador haya sido permitir, sin ninguna cortapisa, que los perjudicados puedan adelantar en forma simultánea o alterna el incidente y otras demandas en orden a obtener el pago de la misma obligación vinculada directamente con el delito por el cual se declaró la responsabilidad penal”. (...) “En esas condiciones, la Corte debe insistir en que no se encuentra en los antecedentes legislativos del incidente de reparación integral de que trata la Ley 906 de 2004, ninguna referencia expresa a razones de fondo acerca de que el motivo de rechazo de la pretensión indemnizatoria —cuando esté acreditado el pago efecto de los perjuicios—apareje en favor de las víctimas el derecho a iniciar varias acciones por distintas vías, hasta asegurar la reparación”.

(...)

“Por tanto, la Sala considera que la prevalencia del interés general que se asegura mediante la función atribuida al Presidente de la República de velar por los recaudos fiscales para que el Estado pueda cumplir con los fines a los cuales se destinan esos recursos, no justifican que la DIAN, en calidad de afectada con el delito de omisión del agente retenedor, tenga también la facultad privilegiada de iniciar conjunta o alternadamente las acciones legales de que dispone en el ordenamiento jurídico, además de la potestad de intervenir en el incidente de reparación integral pretendiendo el

reconocimiento de una obligación a cargo del penalmente responsable, sobre la cual ya tiene en su poder el título ejecutivo, conforme al artículo 828 del Estatuto Tributario.

Por ello, no es un desatino lo planteado por el Tribunal y reiterado por algunos de los intervinientes ante la Corte en sede de casación, en el sentido de que permitir la intervención de la DIAN en el incidente de reparación propiciaría, indebidamente, la creación de un nuevo título ejecutivo con el que ya contaba la administración desde antes de instaurar la denuncia penal contra SESELOWSKY GUENDELMAN”.

.....“Por consiguiente, como segunda solución, la Sala indica que la exégesis del artículo 103, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, no puede suponer la viabilidad del incidente de reparación integral sin importar que la víctima haya adelantado previamente otra acción legal para hacer efectivo el pago de los mismos componentes que a título de daño emergente y lucro cesante pretende reclamar ante el juez penal.

(...)

En consecuencia, la Sala encuentra que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no estaba legitimada para promover el incidente de reparación integral contra SIMÓN SESELOWSKY GUENDELMAN

Aquí contaba la DIAN con la vía de Ejecución Fiscal, que dejara prescribir dicha posibilidad como lo mencionó la parte recurrente no habilita el ejercicio del incidente de reparación integral, pues la ley ya había previsto un procedimiento específico para recuperar el pago de los tributos adeudados, por ende la determinación de primera instancia debe ser confirmada en este punto.

Ahora en cuanto a la condena al pago de costas y gastos en derecho se debe tener claro que el trámite de la condena en costas y gastos en derecho no se rige por las normas civiles, pues dentro de la Ley 906 del 2004 existe una regulación expresa al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa²:

“En punto de los defectos en que incurrió el tribunal accionado al imponer condena en costas y en gastos en derecho a la víctima, advierte la Sala que la providencia censurada se aviene a una de las circunstancias a las que alude la jurisprudencia, en tanto que no acudió a la aplicación sistemática de las normas que regulan dichos institutos dentro del proceso penal y en su lugar partió del criterio objetivo que tiene plena operancia en materia civil, según el cual, “se condena en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, sin que sea necesario analizar por qué perdió”.

En ese contexto, debe recordarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza y procedencia del incidente de reparación integral y de la condena en costas dentro del proceso penal, en el sentido de indicar que el primero de estos es “una acción civil al final del proceso penal” por lo que “el incidente de reparación integral adoptado en la sistemática de la Ley 906 de 2004, es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o

² STP 781 DEL 2019

quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora),”, mientras que se ha remitido a lo que dice la doctrina en cuanto se “entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio. La noción incluye las expensas y las agencias en derecho.” (CSJ SP SP440-2018).

Y en cuanto a la normatividad que ha de aplicarse en el incidente de reparación integral, lo cual admite, según lo viene reiterando la Sala, la imposición de costas procesales y agencias en derecho, se ha precisado que la Ley 906 de 2004 establece las pautas generales en tanto que el procedimiento civil será el que regule aquellos asuntos no contemplados en la norma especial. De ahí que debe recurrirse a la vía integrativa regulada en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en cuanto reza:

“En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.”

Se afirma entonces que, en el caso sometido a consideración de la Sala, se incurrió en defecto sustantivo, porque existiendo norma especial que regula la condena en costas dentro del incidente de reparación integral, se dejó de aplicar de manera injustificada y se acudió al ordenamiento general, en este caso a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso y a la regulación que sobre las agencias en derecho trae el artículo 8º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Es así, que al remitirnos al contenido del artículo 104 de la Ley 906 de 2004, encontramos que allí se consagra de manera puntual la circunstancia que daría lugar a la condena en costas al finalizar el trámite incidental, en tanto advierte que “la ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas”, situación que no aconteció en el caso objeto de la acción.

Sobre el particular, la Sala destacó:

“Fácil se advierte, entonces, que sea por la vía general de las preceptivas propias de la indemnización judicial, o por la específica de la Ley 906 de 2004, es ineludible la condena en costas, cuando estas efectivamente han sido causadas.

Ello porque no puede dudarse la evidente simbiosis que con el tema indemnizatorio y, particularmente con las formas civiles de dirimir conflictos, tiene el trámite del incidente de reparación integral, pues, en primer lugar, suficientemente se conoce que el delito se constituye en fuente de obligaciones, por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, acorde con lo dispuesto por los artículos 1494 y 2341 del Código Civil.

(...)

Una lectura contextualizada de ese apartado normativo claramente permite inferir cómo se parte de la base general de que la parte condenada en el incidente debe pagar, además, las costas del proceso. Y, si el promotor del incidente se abstiene de concurrir, será él quien responda por ellos. (CSJ SP sent. casación del 13/04/2011, Rad. 34145).”

Para concluir, si bien uno de los principios rectores del sistema penal es el de gratuidad (art. 13 Ley 906 de 2004), no así puede desconocerse que este se refiere a los costos de la función pública de administrar justicia, lo que no incluye por tanto los gastos de la pretensión indemnizatoria, de ahí que surge como excepción a dicho principio, la condena en costas y agencias en derecho dentro del incidente de reparación integral que le sigue a la sentencia condenatoria proferida dentro del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, cuya imposición no puede obedecer estrictamente a criterios objetivos como los que gobiernan el proceso civil, porque de hacerlo se desconocería que el origen de tal petición

de reparación es precisamente la declaratoria de responsabilidad penal.

Así, en virtud de la integración normativa ha de acudir a las normas del procedimiento civil para complementar aquello que no está expresamente contemplado en la Ley 906 de 2004 sobre la materia. Es por ello, que de la aplicación sistemática de las normas, y en particular, del contenido del artículo 104 citado, se parte de la base general de que quien resulte condenado en el incidente debe pagar, además, las costas del proceso. Y, si el promotor del incidente se abstiene de concurrir, será él quien responda por ellos, todo lo cual permite concluir que el legislador no quiso dejar al arbitrio del juez la condena por dichos conceptos, pues no de otra forma se entendería que haya contemplado de manera expresa la situación que da lugar a ello.

Lo dicho en precedencia conduce a concluir razonablemente que con el actuar del tribunal demandado se han quebrantado el debido proceso y acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad de los cuales es titular la sociedad accionante, por lo que es imprescindible brindar la protección a efecto de que sean restablecidos dado que frente a la decisión reprobada, como quedó visto, el proceso no ofrece alternativa alguna para cuestionar su validez, de manera que se impone necesario que el juez constitucional intervenga”.

No es posible entonces dar aplicación a las normas procesales civiles ni mucho menos a los acuerdos expedidos por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA sobre agencias en derecho, en consecuencias como no se presenta aquí las hipótesis previstas para el reconociendo de la condena en costas o agencias en derecho, la determinación tomada por el Juez *a quo* debe ser revocada pues imposible resulta fijarlas con fundamento en normas que no aplican para el presente asunto y aquí se reitera no se presenta el único evento que conforme a lo previsto en el artículo de la Ley 906 de 2004 faculta a la condena al pago en costas y agencias en derecho, visto que no hubo por parte de la representación de la DIAN inasistencia a audiencia alguna de las fijadas por el despacho de primera instancia.

En ese orden de ideas lo único que deberá revocarse de la sentencia de primera instancia es la condena al pago de agencias en derecho.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR LA SENTENCIA DE INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL del

pasado 28 de julio del año en curso, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, y señalar que no procede condena en agencias en derecho de conformidad a lo señalado en este proveído. En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Contra la presente determinación no procede el recurso extraordinario de casación, vista las cuantías de lo pedido como perjuicios conforme a lo señalado en el artículo 338 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Proceso No: 05615600035420150117 NI: 2021-1090
Condenado: Julián Andrés García Tabares
Origen: Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro
Delito: Lesiones personales
Motivo: Apelación sentencia incidente de reparación
Decisión: Confirma

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
f0c50555e03bcd3ab8c944c2a47a9b379f9c141b2ea948e57a4bfe5a144bc792

Proceso No: 05615600035420150117 NI: 2021-1090
Condenado: Julián Andrés García Tabares
Origen: Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro
Delito: Lesiones personales
Motivo: Apelación sentencia incidente de reparación
Decisión: Confirma

Documento generado en 30/11/2021 04:51:48 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 053763104001202000100 **NI:** 2021-1711-6
Accionante: YOLANDA OROZCO LÓPEZ COMO AGENTE OFICIOSO DE
LIGIA OROZCO LÓPEZ
Accionado: NUEVA EPS
Asunto: Consulta incidente de desacato
Decisión: Confirma
Aprobado Acta N°: 195 del 30 de noviembre de 2021
Sala No.: 06

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre treinta del año dos mil veintiuno

VISTOS

Consulta el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) la providencia del 20 de octubre del año que avanza, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela de la referencia al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y como superior jerárquico al Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el día 20 de septiembre de 2021, la señora Yolanda Orozco López como agente oficioso de Ligia Orozco López, da cuenta del incumplimiento por parte de la NUEVA EPS, frente a la sentencia de tutela proferida el día 28 de julio de 2020, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna de la señora Ligia Orozco López.

El Juez *a-quo* en auto del 29 de septiembre de 2021, procede, antes de dar inicio al respectivo trámite incidental, a requerir al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y como superior jerárquico al Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS, con el fin de que procedieran a dar cumplimiento al fallo de tutela objeto de este trámite. Conforme a las labores de notificación, se evidencia constancia de envío de la misma a la dirección de correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.gov.co.

En el interregno, se recibió pronunciamiento por parte de la apoderada judicial de la NUEVA EPS, donde informa que se encontraban realizando labores para verificar los hechos y pretensiones incoadas por la afiliada con el fin de emitir respuesta de fondo al requerimiento. Por lo anterior solicita abstenerse de continuar con el trámite sancionatorio.

Así las cosas, la Juez *a-quo* procede mediante auto fechado 7 de octubre de la presente anualidad, a dar apertura al respectivo incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela, en contra del Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez y del Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero, concediéndoles un término de 3 días para que procedieran a informar la razón del incumplimiento de lo dispuesto en el fallo, donde se tutelaron los derechos invocados en favor de la señora Ligia Orozco López.

Para este momento el apoderado judicial de la NUEVA EPS, en los mismos términos de la respuesta brindada al requerimiento manifestó que se encontraban realizando labores para verificar los hechos y pretensiones incoadas en nombre de la afiliada con el fin de emitir respuesta de fondo al requerimiento.

Posteriormente el Juez *a-quo* procedió el pasado 20 de octubre de la presente anualidad, a sancionar por desacato al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez en calidad de gerente regional y como superior jerárquico al Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS a 3 días de arresto y multa de 5 S.M.L.M.V.

LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, la juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Aseguró que reúnen los requisitos para sancionar por desacato al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS, por el evidente incumplimiento al fallo de tutela del día 28 de julio de 2020, en favor de la señora Ligia Orozco López, en el sentido de ordenar los gastos de transporte para asistir a las *quimioterapias y radioterapias* en el Hospital San Vicente Fundación de Rionegro, y demás servicios requeridos por fuera del municipio de La Ceja durante el tiempo que sea prescrito por el médico tratante.

Así mismo, señala que a los sancionados se les requirió previamente para que dieran cumplimiento al fallo de tutela, aun así, no acreditaron su cumplimiento, omitiendo cumplir con la orden judicial, resultando infructuoso el trámite iniciado en su contra, como última medida debe acudir a la sanción contemplada en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, de acuerdo al artículo 52 del decreto 2591 de 1991, dado que se demostró que a la entidad incidentada poco le interesa dar cumplimiento a los fallos de tutela, ni respetar los plazos otorgados para tal fin, decide imponer sanción al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS, consistente en arresto de 3 días y multa de 5 S.M.L.M.V.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión, si el Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez y el Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero,

desobedecieron el fallo de tutela que data 28 de julio de 2020 y en consecuencia se hacen merecedores a las sanciones previstas por la ley.

Ahora, tenemos que efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, en providencia del 28 de julio de 2020, amparó los derechos fundamentales invocados en favor de la señora Ligia Orozco López, ordenando en el numeral 2º de la parte resolutive lo siguiente:

“SEGUNDO. ORDENAR a LA NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir la notificación de esta sentencia. Disponga lo necesario para la autorización de los gastos de transporte ara esta última y su acompañante ara trasladarse al Hospital San Vicente Fundación del Municipio de Rionegro, de lunes a viernes para la realización de las QUIMIOTERAPIAS Y RADIOTERAPIAS, así como los transportes que requiera fuera del municipio de la ceja en las ocasiones que lo requiera y por el tiempo dispuesto por el médico tratante.”

Adentrándonos en el objeto de esta consulta encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto **incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales**, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Negritas y subrayas fuera de texto).

Adicionalmente señala la norma en cita que *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Ahora de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, emanan dos facultades del Juez de tutela: Velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental y destinatario de una orden, para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario

judicial y restablezca en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado; o bien la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario, que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el cumplimiento de la decisión no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como quiera que el desacato hace parte del derecho sancionatorio por el incumplimiento a una orden impartida por un Juez Constitucional, el sujeto pasivo objeto del mismo es titular de todas las garantías procesales que le asiste a cualquier proceso, máxime, cuando con el incidente de desacato lo que se busca es imponer una sanción por el incumplimiento de una orden judicial.

Ahora, corresponde a esta Sala de decisión determinar la legalidad de la providencia consultada en esta oportunidad, estando limitado el estudio sólo a la actuación sancionatoria, así lo ha expresado la alta Corporación Constitucional.

2.1.1. *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.¹ En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega².”³*

Una vez revisada la actuación y la sanción impuesta al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro

¹ Ibídem.

² Sentencia T-421 de 2003.

³ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 9 de julio del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS, se advierte que previamente se le requirió para que cumpliera lo ordenado en el fallo de tutela; luego la apertura del trámite incidental, aunque no reposa evidencia dentro del expediente de la notificación efectiva de la apertura con destino a la entidad incidentada, es evidente su notificación, pues la NUEVA EPS emitió pronunciamiento donde da respuesta a la misma; concerniente a la notificación del auto que sanciona por desacato, existe constancia donde se vislumbra que fue remitida a la dirección de correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.gov.co.

Igualmente debe advertir la Sala, que dispuso de manera oficiosa a requerir al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS para que en el término de 24 horas allegaran la evidencia del cumplimiento del fallo de tutela, no obstante, no se recibió pronunciamiento alguno.

Ahora bien, se marcó al abonado celular 312 347 01 56 número recopilado en el escrito incidental, donde atendió la llamada la señora Yolanda Orozco López, informando a este despacho que la NUEVA EPS continua con el incumplimiento al fallo de tutela objeto del presente trámite.

Por lo anterior, se tiene que se ha cumplido con los presupuestos para imponer sanción, pues se itera, se ha realizado en debida forma la notificación al sancionable, dándole la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y encontrándose que se ha cumplido con el aspecto objetivo, que no es otra cosa que el incumplimiento de la orden proferida en el fallo de tutela, y colmándose el requisito subjetivo, pues no obstante ser notificado el incidentado, no dio razón alguna que justificara el incumplimiento a la orden del fallo de tutela que se profirió a favor de la señora Ligia Orozco López, constituyéndose ello en una actitud desafiante ante las decisiones judiciales adoptadas, al no dar respuesta alguna frente al incumplimiento.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la decisión que en esta oportunidad de consulta se adoptó conforme a derecho, no queda otro camino

para esta Sala de decisión que **CONFIRMAR** la sanción impuesta al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS, por incurrir en desacato al fallo de tutela que se profiriera el 28 de julio de 2020 en favor de la señora Ligia Orozco López.

Las razones anteriores, son suficientes para que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVA

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del pasado 20 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja mediante la cual sancionó al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez gerente regional y al superior jerárquico Dr. Danilo Alejandro Vallejo Guerrero de la NUEVA EPS; de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Infórmese de esta determinación a los intervinientes.

CÓPIESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
539e8f7b7e72b3564577ccf3da543b6b778a5c4c0135d8552e47996fdf6583d7

Documento generado en 30/11/2021 04:52:02 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>