

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
BOLETÍN JURÍDICO NÚMERO 003 – JULIO DE 2012

PRESENTACIÓN

Es grato para nosotros presentar a los miembros de la comunidad jurídica atlanticense, funcionarios judiciales, empleados, abogados litigantes y a todos los estudiosos del derecho, el presente boletín contentivo de las providencias de interés que han sido proferidas por los Honorables dignatarios integrantes de las diversas Salas que conforman este Tribunal Superior.

Nuestro objetivo principal persigue en un principio convertir esta gaceta en un órgano de difusión de la producción jurídica que en ejercicio de la facultad jurisdiccional ha sido desarrollada por los Magistrados de esta Corporación, sin que se deje de lado la posibilidad de dar a conocer a futuro la labor que en ese mismo sentido desempeñan los Jueces designados en este Distrito, quienes día a día y frente a los diversos problemas jurídicos que surgen, interpretan las disposiciones normativas cuya aplicación se demanda, eso sí con miras a impartir una recta administración de Justicia.

Es de anotar, que en anteriores oportunidades se habían emitido dos versiones de pruebas del presente boletín, y debido a su gran acogida se ha optado por hacer continua su emisión, ante la urgente necesidad de poner en conocimiento temáticas novedosas y las posiciones que frente a las mismas se considera deben adoptarse, sin desconocerse que en el derecho hay lugar al debate y la confrontación ideológica, lo cual es finalmente lo que lo enriquece.

Esperamos que el presente instrumento contribuya a ello, pues sólo así nos acercaremos cada vez más a una actividad judicial que responda a los clamores sociales de justicia real y efectiva, y que es en últimas el anhelo o fin de cualquier ciudadano que accede a la administración de justicia.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
Presidente Tribunal Superior de Barranquilla

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONDUCCIÓN DE REDES ELÉCTRICAS–Presupuestos legales y jurisprudenciales para su declaración/**ACTIVIDADES PELIGROSAS**–Engendran una presunción de responsabilidad/**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**–Improcedencia respecto de la propietaria del inmueble donde se produjeron los hechos/**PERJUICIOS MATERIALES**–Se reduce su monto hasta en un quince por ciento (15%) por exposición imprudente de la víctima.

MAGISTRADA PONENTE: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa fáctica: En el presente caso el actor resultó electrocutado al manipular un cable de energía eléctrica, hecho que le causó diferentes traumatismos, tanto a nivel fisiológico como emocional, al levantarlo del suelo, situación concurrente en la producción del daño.

Extractos: “2.3. Se pretende derivar responsabilidad por el daño causado en la humanidad del señor WILMAR AUGUSTO CANTERO MEDINA, en razón de una descarga eléctrica que le causó, conforme aserto del actor, quemaduras en el cuerpo y la pérdida de un dedo de la mano derecha y la rigidez permanente de los otros dedos de la misma mano, evento acaecido al interior del inmueble que habita. Para ello, entrará esta Sala a analizar a quien le es atribuible dicho daño, estando de un extremo, la víctima, quien al pretender alzar el cable alimentador de la corriente, a fin que no quedara al alcance de los niños, recibió una descarga que le produjo las lesiones ya indicadas, ya que al percatarse que el servicio de energía era defectuoso (y por tal razón más peligroso de que ordinario) la primera precaución a tomar era alzar el cable alimentador y no quedarse a ras del suelo; y del otro, la empresa Electricaribe S.A E.S.P, quien por su parte omitió, pese a las llamadas de los usuarios del servicio de electricidad, el día antes, en el que ocurrieron los hechos, acudir a realizar las revisiones y reparaciones necesarias y solicitadas por estos.

Uno de los aspectos más importantes alegados por el demandante, lo constituye el hecho de que ya en el barrio Mesolandia se venían presentando elevaciones de voltajes irregulares, las cuales fueron comunicadas y advertidas a Electricaribe S.A, esto lo demuestra el hecho de que los vecinos del sector habían realizado llamadas telefónicas a la empresa (visible a folio 37); sin embargo, se hizo caso omiso a tales llamados, persistiendo los inconvenientes en el voltaje; incluso, el mismo día en que ocurrió el accidente se efectuaron llamadas telefónicas a la empresa advirtiendo de tales falencias.

La parte demandada ELECTRICARIBE S.A E.S.P, aduce que la responsabilidad debe ser atribuida exclusivamente a la demandante, toda vez que en la visita técnica realizada en la vivienda donde ocurrieron los hechos, se constató que las

instalaciones de dicho inmueble no presentaban los elementos de protección exigidos por la empresa, de conformidad a lo establecido en la cláusula décima novena del contrato de condiciones uniformes, para la seguridad, haciendo alusión con esto a la “falta de medidor, y de acometida 110 directa, sin protecciones termomagnéticas y sin varilla polo a tierra” (fls 161-163); elementos de protección que en su consideración tienen como función el aterrizaje de los sobre voltajes impidiendo que los excesos de energía trasciendan hacia las instalaciones internas de las viviendas y sobre la humanidad de los usuarios. (fl 203). De esta manera, la culpa, correspondería a la demandante por la falta la protección necesaria en las redes de las instalaciones del inmueble.

Tal y como lo menciona el juzgador de primera instancia, en los casos en que se produce un daño relacionado con la conducción de la energía eléctrica, es importante examinar la conducta de la víctima, para de esta manera determinar si el daño correspondió a la culpa exclusiva de esta, o si concurrió la culpa de esta con la de la parte demandada. Así las cosas, esta Sala considera que bajo estos parámetros la actuación de la víctima no fue la causa única y determinante del daño, dado que en principio la empresa, quien es la propietaria de las redes de conducción en la zona donde ocurrió el accidente, le corresponde su control, la obligación de mantenimiento adecuado y técnico, no puede pretender su exoneración, con el argumento de la falta de medidor, acometida directa, varilla de polo a tierra etc., puesto que para ordenar la instalación del servicio y su cobro, debe velar por que las instalaciones externas e internas del inmueble se encuentren en perfecto estado, encargándose de buscar y solucionar deficiencias técnicas para evitar tales insucesos.¹

Adicionalmente, si era sabido que las condiciones internas de las redes no estaban cumpliendo con los parámetros de seguridad, y más aun si se conocía que estaban ocurriendo problemas con el voltaje de las redes externas de las viviendas, que ocasionó la energización de las instalaciones internas por fallas en el sistema de puesta a tierra (línea neutro) de las redes de Electricaribe, roto como se encontraba el cable neutro del poste, con más razón se consideraría la actuación de la demandada como descuidada.

Sobre el tópicos de la concurrencia de culpa así explicita la Honorable Corte Suprema de Justicia:

Así, “tratándose de la actividad de la víctima, ésta puede influir en el alcance de la responsabilidad haciendo irrelevante total o parcialmente la conducta de la persona a quien se hace la imputación. La primera situación, que conduce a la exoneración total, se presenta cuando esa actividad, dadas las circunstancias particulares de cada caso, rompe la relación de causalidad porque el daño se atribuye a la culpa exclusiva de la víctima. El segundo evento implica una atenuación de responsabilidad, por la aparición de concausas, (...) De ahí que para esos casos, la Sala haya dicho, que mediando pluralidad de causas „y si se trata concretamente de supuestos donde en este plano concurren el hecho ilícito del ofensor y la conducta de la víctima, fundamental es establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del menoscabo habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos

¹ Electricaribe, empresa encargada de suministrar el servicio público domiciliario de electricidad en el sitio donde murió el occiso y sectores aledaños, no se preocupó en ningún momento por solucionar los problemas existentes hasta el punto de que los postes externos que servían para llevar e ingresar la energía a dicho inmueble y a los demás del vecindario eran rudimentarios y sin mayor seguridad, lo que le correspondía realizar dada su condición de titular del control de la actividad peligrosa de conducción de electricidad. Baste al efecto tener en cuenta la situación que encontraron los dos expertos que intervinieron y que visitaron el sitio y sus vecindades varios años después, tal como ha quedado referido en su momento. “Sentencia de 26 agosto de 2010 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda. 4700131030032005-00611-01.

principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: Que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Por eso, en la estimación que a los juzgadores de instancia les corresponde hacer de la forma como el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de una acción civil de reparación, nunca deben perder de vista que existe allí involucrado un problema de causalidad y que, por consiguiente, su tarea empieza por discernir –atendiendo naturalmente a las circunstancias específicas de cada caso y en ejercicio de un amplio poder de razonable apreciación fáctica que la jurisprudencia de casación les ha reconocido reiteradamente (v. G.J. tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699 y CLXXXVIII, pág. 186, entre otras), el segmento de causalidad que le cabe a cada partícipe en el daño cuyo resarcimiento se pretende; entonces y por principio, a cada cual se procurará hacerle soportar las secuelas del daño en la medida y proporción en que su conducta se identifique como causa de dicho resultado dañoso, lo que equivale a afirmar, en tesis general por supuesto, que la distribución del daño entre ofensor y ofendido procede hacerla de acuerdo con el criterio de la influencia causal de las respectivas actividades, vale decir observando a manera de factor preponderante el grado de causalidad imputable al obrar de cada uno frente a aquel acontecimiento.” (G.J. No. 2443, págs. 64 y s.s.). En orden a regular la proporción de la indemnización en consideración a la incidencia o relevancia de cada una de las intervenciones culposas, el artículo 2357 del Código Civil, teniendo en cuenta la concurrencia (...) o sea la del agente del daño y la del que lo padece, establece que en estos casos la apreciación „está sujeta a reducción; reducción que se ha dejado al razonable arbitrio judicial, atendidas las circunstancias particulares de cada caso y por supuesto de la información ofrecida por el acervo probatorio obrante en el expediente, pues sólo así se puede llegar a una justa proporcionalidad en la distribución de la responsabilidad”, cuestión fáctica “que debe fijar el fallador de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), para luego, sobre la base de hechos comprobados a satisfacción y no en gracia de meros artificios en no pocas veces fruto de soluciones dogmáticas preconcebidas, determinan de modo matemático las proporciones en que debe efectuarse la división y de consiguiente, mitigar las prestaciones de reparación en el sentido y cuantía que proceda, cometido en el que ha de prevalecer ante todo la virtud de la prudencia y en cuyo desarrollo es en donde se hacen actuales, adquiriendo la plenitud de su vigencia, los poderes de ejercicio discrecional que a los jueces de instancia les reconoce la doctrina .²

En ese mismo sentido y al momento de establecer la carga indemnizatoria viene reiterado:

“Es más, en la responsabilidad civil por actividades peligrosas concurrentes, es preciso advertir, la imperiosa necesidad de examinar la objetiva incidencia del comportamiento para establecer su influjo definitivo o excluyente, unitario o coligado, en el daño, o sea, la incidencia causal de las conductas y actividades recíprocas en consideración a los riesgos y peligros de cada una, determinando en la secuencia causativa, cuál es la relevante en cuanto determinante del daño y cuál no lo es y, de serlo ambas, precisar su contribución o participación.

² Sentencia de 21 de febrero de 2002, [SC-021-2002], exp.6063

Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad es objetivo y se remite al riesgo o peligro.³

Resultó el actor con quemaduras que le proporcionaron la pérdida del dedo índice derecho, no solo por la actividad peligrosa de conducción de electricidad de la empresa demandada y las oscilaciones del voltaje, al romperse el cable neutro del poste, sino por la imprudencia del primero al manipular el cable alimentador que se encontraba a ras al suelo, al interior de su vivienda, sin las debidas precauciones, conociendo de lo defectuoso en que se venía prestando el servicio, por ende es clara la contribución a la producción del daño, razón para reducir la indemnización en un 15%.

A dicho respecto, esta Sala admite la idoneidad de la mencionada conducta de la víctima como causa concurrente del suceso, considerando determinante las condiciones en que se estaba prestando el servicio de electricidad, en forma “que de no haber subido y bajado la luz en esos días” no se habría generado, pues la misma es eficaz para producirlo, de donde el error imputado no refulge evidente; por lo que se revocará la decisión del A Quo, declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas.

2.4. Llamamiento en Garantía

Llamó la Electrificadora del Caribe, en garantía, a la que se dice propietaria del inmueble donde sucedieron los hechos, fundado en que allí se presentaron deficiencias importantes en el sistema eléctrico interno, en especial, sistema de seguridad de la red interna que en su sentir son los causantes que originaron el daño.

Lo anterior en consideración que el contrato de condiciones uniformes celebrado entre la aludida usuaria y la empresa, precisa de su responsabilidad en el mantenimiento de las redes internas.

Sirva el mismo argumento que desestimó la excepción de culpa exclusiva de la víctima para igualmente negar tal responsabilidad de la usuaria llamada, dado que el actuar de la víctima al interior del inmueble no fue la causa única y determinante del daño, ante el no control que debía ejercer la empresa en el mantenimiento de las redes distribuidoras de energía.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 2341, 2356 Código Civil, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. William Namen Vargas. 18 de septiembre de dos mil nueve (2009). Ref. 20001-3103-005-2005-00406-01 y Sentencia de 25 de noviembre de 1999, Ref. S-102-99 5173, Sentencias de diciembre 19 de 2008, SC-123-2008{11001-3103-035-1999-02191-01}; de 25 de noviembre de 1999, S-102-99 {5173}, 21 de febrero de 2002, SC-021-2002, exp. 6063 y Sentencia de 16 de junio de 2008. MP. Ruth Marina Diaz Rueda.

DEMANDANTE, WILMER AUGUSTO CANTERO MEDINA

DEMANDADO, ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P.

³ Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil nueve (2009) William Namen Vargas.

FECHA: Marzo dieciséis (16) de dos mil doce (2012)

RADICACIÓN: 08-758-31-03-001-2006-00421-01 - 35215

DECISIÓN: REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

INCIDENTE DE EXCEPCIONES FORMULADO POR EL LLAMADO EN GARANTÍA–Oportunidad y Trámite/SENTENCIA ANTICIPADA–Procedencia conforme la ley 1395 de 2010/CONTRATO DE SEGUROS– Prescripción de la acción/SINIESTRO–Término a partir del cual comienza a contabilizarse

MAGISTRADO PONENTE, DR. ABDON SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica. La empresa demandante presentó demanda de responsabilidad civil contra la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica para que responda por los perjuicios derivados de la pérdida de materias primas e insumos necesarios de su negocio. Frente a lo cual, el demandado llama en garantía a la empresa aseguradora, quien alega prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Extractos. “De acuerdo con el inciso final del artículo 97 del C de P.C., modificado por el artículo 6 de la ley 1395 de 2011, podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. De encontrarse probada cualquiera de las excepciones enunciadas corresponderá al juez de conocimiento declararla mediante sentencia anticipada.

(...)

De lo precedente, se desprende que de ser prospera algunas de las excepciones mixtas a las cual se les da el trámite de previas se impone al operador de la instancia declararla mediante sentencia anticipada, que deberá en todo caso cumplir con los requisitos formales del artículo 304 del C de P.C., en concordancia con el artículo 55 de la ley 270 de 1996, puesto que, que el legislador dentro la libertad de configuración legislativa así lo determinó.

El tiempo, ese innegable regidor de las actividades humanas proyecta sus efectos en el mundo jurídico, a través de diversas figuras entre ellas, la prescripción que en su conceptualización implica la pérdida de la acción o del derecho no ejercido aún, a consecuencia del transcurso de un determinado período de tiempo.

(...)

Ahora, tratándose de la prescripción derivadas de las acciones del contrato de seguro o de las disposiciones que la rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria conforme al artículo 1081 del Código de Comercio; que la primera de ellas será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; mientras que la segunda será de cinco años y corre contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

No obstante, el artículo 1131 ibídem, referente al instituto de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil establece un régimen de extinción del derecho y el destinatario del mismo, término que inicia su recorrido desde el momento de la ocurrencia del siniestro.

(...)

Pues bien, sentada la anterior premisa normativa, el problema jurídico a desatar es desde cuando inicia recorrido el término prescriptivo en tratándose de un seguro de responsabilidad civil, cuando la víctima acciona directamente a la aseguradora, tema que igualmente ha desarrollado la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

“De la evocación efectuada surgen prontamente y sin dubitación alguna, postulados de las siguientes características: i) la prescripción prevista en el artículo 1131 del C. de Co., en tratándose de un seguro de responsabilidad civil, cuando la víctima acciona es, sin duda, de cinco años, o sea, la extraordinaria; ii) que, por lo mismo, la consagración de dicho aspecto temporal *deviene, claramente, demarcada por matices objetivos y no subjetivos*; iii) *esto último significa que el término cuenta a partir del acaecimiento del siniestro o el hecho imputable al asegurado, independientemente que lo haya conocido o no el afectado; además, corre frente a toda clase de personas, inclusive los incapaces*”⁴

En los hechos y pretensiones del libelo genitor se desprende que la parte demandante (presunta víctima) accionó directamente al asegurador, en este caso a GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES; igualmente, se manifestó que el riesgo asegurado y que generó la reclamación fue la falla del servicio en el suministro de electricidad ocurrido los días 02, 04 y 05 de marzo de 2005 que ocasionó la pérdida de camarón por falta de oxígeno o por el estrés subsecuente a la falta de dicho elemento, circunstancia que el demandante – beneficiario conoció de manera inmediata, como puede desprenderse sin dubitación de la pretensión primera y reafirmado en el hecho 4.4 de la demanda.

Igualmente en el escrito visible a folios 55 a 63 el gerente de la INDUSTRIA ACUICOLA DEL CARIBE LTDA, reclama a los señores GENERALI COLOMBIA el resarcimiento del perjuicio sufrido (muerte del camarón) por la falla del fluido eléctrico por 48 horas los días 2, 4 y 5 de marzo de 2005.

Así mismo, militan documentos a folios 100 – 101, 106, 109 – 125 y 127 – 128 que ratifican la fecha exacta del hecho imputable al asegurado, y término en el cual comienza a contarse la prescripción en este tipo de seguros.

Si lo anterior es así, lo evidente es que descendiendo los hechos probados a la premisa normativa y jurisprudencia planteada, se ha concluir, a manera de síntesis, que si la demanda mediante la cual se reclama la indemnización a cargo de la aseguradora fue traída luego de cinco años de ocurrencia del siniestro de parte del demandante, la misma fue presentada extemporáneamente, es decir, cuando el plazo quinquenal exigido por la ley había transcurrido,

⁴ Sent. Cas. 25 de mayo de 2011. Exp.No. 2004-00142-01

configurándose la prescripción extraordinaria de la acción directa nacida del contrato de seguro de responsabilidad, es decir, poco importa si la víctima presenta o requerimiento judicial o extrajudicial al asegurado.

De este modo, como líneas arriba se esbozó la demandante inició acción directa frente al asegurador, cuando está se encontraba prescrita al poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional. Circunstancia distinta es el cómputo de término para demandar la indemnización del asegurado, que a veces el artículo 1131 citado *“ocurrirá desde cuando la víctima le formule petición judicial o extrajudicial”*.

De otro lado, sostiene el recurrente para infirmar la decisión de primera instancia que, se desconoció la suspensión de la prescripción con ocasión a la solicitud de conciliación extrajudicial.

(...)

En efecto, la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por el demandante data del 11 de noviembre de 2009, a partir de entonces se produce la interrupción del término prescriptivo, en la forma establecida en el artículo 21 de la ley 640 de 2000, esto es, hasta tanto se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por ley o hasta que se expidan las constancias a las que se refieren el artículo 2 de la presente ley, en última instancia, hasta un máximo de tres (03) meses, lo que ocurra primero.

En el caso de marras, el plazo interrupción se determina en aplicación a la segunda hipótesis descrita, es decir, a partir de la presentación de la solicitud que ocurrió en fecha 11 de noviembre de 2009 y hasta el momento en que se expidió la constancia de no conciliación el día 26 de noviembre de 2009, que da un lapso de quince (15) días.

Por consiguiente, si como quedó demostrado en el proceso con relación a la época del siniestro los días 02, 04 y 05 de marzo de 2005, y el término de prescripción estuvo suspendido por quince (15) días, ello quiere decir, que el plazo prescriptivo para la acción directa del contrato de seguro de responsabilidad contra el asegurador, vencía el 21 de marzo de 2010, pero como la demanda sólo se presentó hasta el 14 de julio de 2010, es decir, mucho después de haber vencido el lustro previsto en el artículo 1131 del Código de Comercio, es fácil concluir que se produjo el efecto preclusivo previsto en la mentada norma; razones que permite a la Sala para mantener incólume la sentencia venida en alzada.

(...)

Ahora bien, el tercero desvinculado del proceso por efecto de la providencia apelada fue llamado en garantía por el demandado ELECTRICARIBE S. A, quien se opuso a la declaratoria de prescripción de la acción nacida del contrato de seguro. Ahora, no puede desconocerse que tal desvinculación afecta los intereses patrimoniales de garantía del

demandado en caso de ser condenado, razón suficiente que legitima su interés en impugnar tal decisión, amen de contar con interés procesal para atacar toda decisión tomada en el proceso en el cual es parte.”

FUENTE NORMATIVA. Art. 97 C.P.C. modificado por el artículo 6° Ley 1395 de 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 11 de noviembre de 2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp No. 05001-3103-001-2003-00400-01, Artículo 304 C.P.C., artículo 55 Ley 270 de 1996, artículos 1081 y 1131 Código de Comercio,

DEMANDANTE. Industrias Acuicola del Caribe Ltda.

DEMANDADO. Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.-Generalli Colombia Seguros Generales S.A.

RADICACIÓN. 08001-31-03-012-2010-00197-01 / **36.172**

FECHA. Marzo 7 de 2012

DECISIÓN. Confirma sentencia de primera instancia

ADOPCIÓN EN COLOMBIA-Requisitos legales/DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Presupuestos fácticos que deben agotarse para alcanzar esta medida de protección/ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE ICBF-No vulneró derechos fundamentales del menor.

MAGISTRADO PONENTE, DRA. SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA

Causa fáctica. En el presente caso el Agente del Ministerio Público presentó recurso de apelación contra la sentencia que accede a la solicitud de adopción del menor xxxxxxxxxx, por estimar que no se le dio traslado de los antecedentes administrativos recopilados por el ICBF, y también considerar que ésta entidad en los trámites correspondientes omitió acudir a los términos señalados en la ley.

Extractos. “En primer término se duele el recurrente en que dentro del proceso de adopción tramitado ante el Juzgado xxxxxxxx de Familia, no se dio traslado del expediente administrativo que se solicitó al ICBF, por lo cual no tuvo conocimiento del mismo antes de la sentencia. Efectivamente se observa que a pesar de existir un auto mediante el cual se ordenó tener los documentos señalados como pruebas dentro del proceso, el mencionado auto no fue notificado por estado, por haberlo expedido como de “Cúmplase”, ni tampoco se les dio traslado de tales documentos a los interesados, omisión que por sí sola no genera nulidad procesal, pudiendo ser objeto de reparo o ataque a través de los recursos de ley, como efectivamente lo fue, por cuanto el recurso va encaminado a que se valoren dichos documentos, y se verifiquen los términos utilizados por la Defensora de Familia y que se determine si se trasgredieron o no derechos fundamentales del menor o de sus padres y familiares, tal y como lo considera el recurrente.

A este respecto el Procurador Judicial de Familia, refiere que revisado tal expediente, se observa que la Defensora de familia profirió la Resolución 046 de 30 de abril 2009, mediante la cual resuelve Declarar en situación de Vulnerabilidad los derechos del niño, figura esta que no se ubica dentro de las Medidas de Restablecimiento de Derechos contemplados en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 y que así mismo, el día 17 de diciembre de 2009 la misma funcionaria emite Resolución No. 269 de la misma fecha, mediante la cual Resuelve Restablecer los derechos mediante las medidas señaladas en el numeral 5 del artículo 53 . Lo anterior indica que la defensora de familia vulneró

las garantías Constitucionales y Legales consagradas en beneficio del niño objeto de este proceso, así como de la familia de origen y familia extensa, al no resolver el trámite administrativo dentro del término señalado en la Ley.

Es necesario analizar la situación del menor, para lo cual se procede a revisar la documentación contentiva del expediente administrativo originario del ICBF, y que fue aportado al proceso y anexado para hacer parte del expediente, mediante auto de fecha veintiséis (26) de marzo de 2.009, teniendo en cuenta que así lo ha establecido la Corte Constitucional en diferentes oportunidades⁵; y se realizará en los siguientes términos:

- La señora xxxxxxxxxxxx fue encontrada ejerciendo la mendicidad con su menor hijo xxxxxxxxxxxx, el día 12 de enero de 2.009 (Folios 2 al 16 del Exp. Admitivo).
- El ICBF dicta el auto de apertura de investigación, dentro del cual ordena como medida de protección colocar al menor en un hogar sustituto, se hacen otras ordenaciones referidas al estado civil, a su estado psicológico y a seguimiento nutricional (Fol. 17)
- Se notifica a los padres, se les oye en declaración a cada uno.(folios 21, 22, 32)
- Se realiza el informe social en el que se concluye que hay factores protectores y de riesgo para el menor, analizando cada uno de ellos. (fl. 35)
- Informe de actuación social de la trabajadora social xxxxxxxxxxxx, en la cual indica que los padres del niño han estado comprometidos en el proceso y han respondido de manera positiva al abordaje del equipo (Fl.48)
- Informe de la trabajadora social xxxxxxxxxxxx, sobre visita familiar al medio social, en la cual se entrevistó con la tía materna del menor xxxxxxxxxxxx, quien indica que los padres del menor han sido negligentes con la restitución de los derechos, y que probablemente su madre, señora xxxxxxxxxxxx pueda asumir la custodia. (Fl. 52)
- Informe de la trabajadora social xxxxxxxxxxxx sobre la entrevista con la abuela del menor, señora xxxxxxxxxxxx, quien le manifestó que no se encuentra en condiciones de asumir la custodia del niño, manifestando que no existen familiares maternos o paternos que lo puedan hacer. (Fl.54)
- Informe mental de la madre, de fecha 18 de marzo de 2.009, firmado por xxxxxxxxxxxx, Psicóloga.
- Resolución No. 46 de abril 30 de 2.009, mediante la cual se resuelve declarar en situación de vulnerabilidad al menor xxxxxxxxxxxx, y ratificar la medida de ubicación en hogar sustituto, ordenando así mismo trabajo con la familia nuclear o extensa para fortalecer vínculos para un posible reintegro al medio familiar. Ambos padres fueron notificados de tal resolución.
- Informe suscrito por xxxxxxxxxxxx, de fecha octubre 23 de 2.009, en el cual señala que los padres han sido ausentes del proceso durante aproximadamente 5 meses, se ha acudido a su vivienda y siempre está cerrada, se entrevista a los vecinos, quienes no dan sus nombres por evitarse problemas porque los padres con conflictivos, dicen que salen muy temprano y regresan muy tarde en la noche. No hay red extensa familiar que pueda apoyar en la situación actual al menor. (Fl.100-101)
- Resolución No. 269 de 17 de diciembre mediante la cual se declara al niño xxxxxxxxxxxx, en situación de Adoptabilidad. (Fl.122)

⁵ Sentencia Corte Constitucional T- 884-2011. Mag. Ponente. Dr. Juan Carlos Henao.

De conformidad con lo observado por ésta Sala se puede determinar que la primera decisión proferida por el ICBF, se dictó el día 30 de abril de 2.009, es decir antes de cumplirse los cuatro meses, desde que se dió apertura a la investigación (13 de enero de 2.009), y en ella se adoptaron decisiones que están contempladas en el artículo 53 especialmente la señalada en el numeral 2, en concordancia con el artículo 59 del Código de la Infancia y la adolescencia.

Es decir que la decisión que decretó medidas de restablecimiento de derechos se hizo dentro del término de ley.

Determinando la Defensora de familia, que era necesario vincular a los padres y a la familia extensa a un proceso de orientación psicosocial para tratar de reintegrar al menor al medio familiar, toda vez que hasta ese momento los padres habían asistido a las citaciones, y habían dado muestras de interés en el proceso.

Por lo anterior se ratificó la decisión de ubicarlo en un hogar sustituto, con la intención de reintegrarlo a su familia de origen. Según el artículo 53 numeral 6 de la Ley 1098 de 2.006, al defensor de familia se le permite adoptar cualquier medida de restablecimiento de los derechos del menor con la intención de garantizar los derechos y la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, siendo la adopción a concepto de esta Sala, la última decisión, por cuanto el niño, niña o adolescente tiene derecho a su familia de origen ya sea nuclear o extensa, esa debe ser la principal finalidad, reafirmar sus lazos sanguíneos, y solo cuando es totalmente imposible llegar a la adopción.

Esta medida de ubicación en medio sustituto deberá hacerse por el menor tiempo posible de acuerdo a los objetivos que se persiguen, en este caso los mismos eran hacer el seguimiento tanto del menor como de los padres y familiares cercanos, para poder relacionarlos, afianzar vínculos, mejorar el aspecto nutricional y psicológico del niño, para lograr reintegrarlo al medio familiar. Pasos que se hicieron frente al niño, los cuales se cumplieron todos (nutrición, vacunas, atención psicológica, tratamientos médicos, etc), no así los de los padres y familia extensa, puesto que dentro del seguimiento se expresa que nunca se encontraban en su vivienda, no asistieron más al ICBF, y tanto la abuela como la única tía encontrada de la línea materna manifestaron su imposibilidad de tomar la custodia del menor, demostrándose un desinterés en colaborar en la reintegración de xxxxxxxxxxxxxxxx, al medio familiar.

Tenemos que aquí la ubicación a un hogar sustituto, no era una protección provisional como se tomó en el auto de apertura de la investigación, sino la medida de restablecimiento permitida por el artículo 6 del artículo 53 del C.de la I. y A, como ya se dijo con fines de reincorporar al menor a su familia de origen.

Todo este proceso de reintegración se hizo dentro de los meses de mayo a octubre de 2.009, (Fecha en la cual se dio el informe final sobre la situación del menor) es decir que la ubicación del menor en el hogar sustituto después de la ejecutoria de la Resolución que adoptó de la medida (Abril 30 de 2.009), no sobrepasaba los seis meses que señala el artículo 59 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Como no se pudo aplicar la medida de reintegración a su núcleo familiar, se procede de conformidad con la evaluación del plan de atención individual, el equipo interdisciplinario conceptúo que lo más adecuado era la adopción, medida que la defensora de familia del ICBF, tomó dentro de los 6 días siguientes a dicho concepto, el día 17 de diciembre de 2.009 mediante resolución No. 269, considerando esta última decisión como un cambio de medida de restablecimiento.

Considera esta Sala que al menor se le garantizaron todos los derechos, así mismo a su familia de origen, no existiendo causal para anular la actuación del ICBF por falta de competencia, aplicando el artículo 100 del C. de I. y A., y que el alegar la aplicación exegética de un término en el procedimiento administrativo tramitado ante el ICBF, vulneraría si el interés superior del menor y su derecho a tener una familia, puesto que estudiado el expediente administrativo y especialmente los folios 315 a 326, se puede observar que el mencionado menor ya tiene un apego a la familia xxxxxxxxxxxxxxxx, y estos con él, ya que vive con ellos desde el tres (3) de febrero del 2012, afianzando sus lazos de amor filial, desarrollando mejores aptitudes psicomotrices y cognitivas que demuestran un mejoramiento en su discapacidad, y en su condición de niño desprovisto de amor y cuidados familiares.”

FUENTE NORMATIVA. Sentencias T-360 de 2002, T-090 de 2007 y T-884 de 2011 Corte Constitucional, artículo 53 numeral 6º, 59 y 100 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

RADICACIÓN. 08-001-31-10-009-2012-00052-01/ 00037-2012F

FECHA. Junio 7 de 2012

DECISIÓN. Confirma sentencia de primera instancia.

2.-SALA LABORAL

TESTIGO RENUENTE–No se exime de la obligación de declarar /**INASISTENCIA DEL TESTIGO**–Conducta procesal que debe asumir el juez del conocimiento/**NORMAS PROCESALES**–Su función no sólo está encomendada a las ritualidades procedimentales sino a la efectividad de las normas sustanciales/**DERECHO DE DEFENSA**–Resulta vulnerado cuando la actuación judicial cercena oportunidades probatorias/**PRUEBA SUMARIA**–La constituye la certificación expedida por la Directora de Gestión humana que justifica la inasistencia del testigo.

MAGISTRADO PONENTE. Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Causa fáctica. En el presente caso la parte demandada solicitó la práctica de un testimonio, el cual no fue recepcionado porque el Juez–A quo consideró que la inasistencia del testigo no fue demostrada sumariamente, razón por la cual decidió no recibir su declaración, decretando surtida esta diligencia procesal.

Extractos. “El Juez de primer grado inició la Audiencia de Trámite analizando y decidiendo acerca de las excusas presentadas por los citados a rendir testimonio para la calenda del 31 de Agosto del 2011, testigos solicitados por la parte demandada, señores Arnold Gómez y Gloria Patricia Tamayo, en donde el operador judicial estimó que con respecto a ésta última no se probó la justificación de la inasistencia a la diligencia anteriormente programada y en la cual debía declarar; situación por la cual decidió no recibir su declaración, declarando surtido su testimonio.

Pues bien, para la Sala, el problema jurídico gira entorno al *thema probandum*, pues la parte demandada según como lo establece la legislación procedimental civil para estos casos, es la que adquiere la obligación de demostrar con prueba sumaria la razón justificativa de la inasistencia de la persona citada por ella a rendir declaración, es decir, es la que debe acreditar la causa que le impidió a la señora Gloria Patricia Tamayo acudir al llamado que como testigo le había efectuado el Juzgado Octavo Laboral Adjunto del Circuito de Barranquilla para el día 31 de Agosto del 2011, y de esta forma no fuera acreedora la testigo de la multa preceptuada en el artículo 225 del C.P.C., inciso 2º, y además, no

perjudicara a la empresa con la exclusión de su declaración testimonial, pues ante su ausencia se surtía la audiencia con respecto a tal prueba.

No obstante, según el canon en cita, resulta que para estos eventos es muy clara la disposición al señalar que el testigo renuente queda siempre con la obligación de declarar, situación que colisiona frontalmente con la agilidad y celeridad que se le exige ahora al procedimiento laboral, y que la jurisdicción impone por todos los medios legales. Ahora, el operador judicial tiene el deber de interpretar y armonizar las normas procedimentales de conformidad con los principios generales que sobre interpretación de la ley se consagran no sólo en nuestra Constitución Política Nacional y la Ley matriz sobre estos aspectos, <Ley 153 de 1887>, sino en forma particular el artículo 4° del Código del Procedimiento Civil, que le otorga carácter instrumental a la Ley Procesal, y que reafirma el que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la Ley Sustancial, eliminando así la consideración absurda de que la ley procesal se aplica en función de la misma ley procesal, por lo cual habrá de tenerse en cuenta que ante las dudas que se presenten en su aplicación y su no posibilidad de solución directa en el estatuto procedimental, tendrán que ser resueltas mediante *la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del Debido Proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes*.

Y sobre esta materia, la H. Corte Constitucional en la sentencia T-518 de 1998, manifestó que el principio de equidad también gobierna la actuación judicial, anotando de la siguiente guisa:

“Adecuación racional de la norma al caso concreto. “Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.”

Bajo las anteriores consideraciones, es dicente, que para el caso que nos interesa había legal y equitativamente que escoger una de las dos siguientes eventualidades: *i)* que ante la inasistencia de la señora Tamayo, debía dársele el término legal de tres (3) días para que se excusara, por lo que si vencido el plazo presentaba excusa y era admisible, no había lugar a imponer multa y además, fijar nueva fecha para recibir el testimonio de ella; *ii)* que vencido el término en mención, no presentara excusa o no se le aceptara, lo correcto era imponer la sanción prevista, y no obstante ello, fijar fecha con miras de practicar la prueba testimonial; dado que persiste la obligación de rendir el testimonio.

Verificando la actuación surtida, para la Sala resulta palmario entonces, que no se dio cumplimiento por parte del juez a quo a la premisa fáctica contenida en el artículo 225 del C.P.C., violándose de esta forma el derecho de defensa de la entidad demandada, pues aplicó el derecho procesal en función del mismo procedimiento y no en *pro* de la ley sustancial, desconociendo como lo enseña Micheli⁶, *“no debe olvidarse, sin embargo, que las normas procesales son normas esencialmente instrumentales cuyo fin es hacer posible la actuación de otras normas jurídicas”*.

Y es que al haber considerado desacertadamente el juez de primer grado, que:

⁶ Micheli. Gian Antonio, ob. Cit., t.I página 128.

“...es evidente que así como el Despacho adjunto tiene la aptitud de administrar justicia pronta y urgente las partes debe adecuarse a dicha medida y no el Despacho a ello, por tanto considera el Despacho, que declara surtida la diligencia testimonial respecto a la señora GLORIA PATRICIA TAMAYO no se probó la justificación de la inasistencia a la diligencia anteriormente programada...”, incurre en una vulneración al derecho de defensa de la empresa accionada.

Por el contrario, esta Corporación observa que sí se acreditó la causa justificativa de la inasistencia, avalando con ello lo expresado por la apoderada judicial de CEMENTOS ARGOS S.A., quien en la audiencia de trámite, manifestó que:

“...en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 225 del C.P.C, se cumplió con deber legal de allegar a este Despacho, prueba sumaria, de un hecho justificado de su inasistencia, cual es, que en la fecha citada se encontraba adelantando actividades laborales previamente programadas y de carácter inaplazable e indelegables. Absurdo resuelta que el Despacho considere, que no esta probada la realización de las actividades o labores desarrolladas por la señora TAMAYO el 31 de Agosto del 2011, cuando es precisamente la directora de gestión humana y administrativa de la empresa en su comunicación adiada septiembre 2 de 2011, está dando fe que en dicha fecha la señora TAMAYO se encontraba realizando sus actividades...”

En este sentido, y descendiendo al caso que concita la atención de la Sala, no es de recibo que el juez de primer grado no accediera a practicar la prueba testimonial decretada con anterioridad, luego de habersele aportado al Despacho la prueba sumaria que justificaba su inasistencia a la audiencia del 31 de Agosto del 2011; dado que tenía todo el poder legal de atender tal petición sin que cayera por ello en dilación del proceso. Por el contrario, era su deber legal practicar u oír el testimonio, ya que es ostensible que la señora Tamayo faltó por una sola vez a la cita programada para declarar y la excusa dada la encuentra esta Corporación debidamente justificativa a partir de la certificación emitida por la Directora de Gestión Humana y Administrativa de Cementos ARGOS S.A. y que constituye la prueba que evidencia la imposibilidad para declarar por parte de la señora Gloria Tamayo, pues además de ser pertinente al caso, su conducencia es absoluta ya que es la persona idónea dentro de la organización empresarial para dar crédito o fe de la actividad laboral que desplegaba la testificante en desarrollo de sus funciones profesionales. Recordándose, que la preceptiva legal exige como acreditante de la justa causa para este evento de inasistencia a declarar por un testigo es una prueba sumaria, [aquella que ciertamente da certeza de lo ocurrido, más no ha surtido la contradicción], y la aportada claramente lo es, por lo cual la exigencia del operador judicial en que a la prueba se le revistiera de mayor especificidad y precisión es desproporcionada para su fin, como lo es la demostración de una cuestión accesoria al proceso.

Por lo que resulta entonces pertinente para esta Sala, con respecto a la acepción de “prueba sumaria”, traer a colación lo estudiado y decantado por la H. Corte Constitucional en su sentencia C-523 del 2009, en la que se manifestó de la siguiente guisa:

“Aunque la legislación colombiana no define que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que se a pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o acto jurídico concreto. En ese sentido la doctrina ha sido

uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer.”

Por lo anterior, la Sala atiende los argumentos expuestos en el recurso propuesto por la apoderada judicial de la parte demandada y procede a revocar la decisión de primer grado emitida por el juez de primer grado, debiéndose por lo tanto practicar la prueba testimonial decretada para oír a la señora Gloria Patricia Tamayo. Todo de conformidad con los motivos anteriormente expuestos.”

FUENTE NORMATIVA. Art. 225 C.P.C., inciso 2º., Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1998 y C-523 del 2009.

DEMANDANTE. Aquileo José Insignares

DEMANDADO. Cementos Argos S.A.

FECHA. Abril 30 de 2012

RADICACIÓN. 46.864-C

DECISIÓN. Revoca auto apelado. Dispone la práctica de la prueba testimonial negada.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-Inaplicabilidad por falta de afiliación a un Régimen Pensional anterior al de la Ley 100 de 1993/**BENEFICIARIOS**- Criterios legales para establecer quienes pueden obtener los beneficios del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993/**RÉGIMENES ESPECÍFICOS EN MATERIA PENSIONAL**-Aplicación excepcional

MAGISTRADA PONENTE. Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica. La demandante solicita el reconocimiento de su pensión de vejez, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en la ley 100 de 1993, junto con el retroactivo y mesadas dejadas de percibir. En subsidio, solicita una indemnización sustitutiva a su pensión de vejez.

Extractos. “Debe partirse por señalar que la Ley 100 de 1.993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez y/o jubilación. Sin embargo tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición⁷.

Es así como el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, dispone: (...)

Del anterior texto normativo se refleja que la intención del legislador para consagrar el régimen de transición fue precisamente establecer un Sistema de tránsito entre dos normas pensionales, que permiten aplicar a sus beneficiarios la normatividad que se le venía aplicando antes de la vigencia del Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993⁸, pero en tres aspectos relacionados con: i) edad, ii) tiempo de servicios o cotizaciones y iii) monto de la

⁷ Como así lo ha dilucidado la Corte Constitucional en la Sentencia SU -062 de 2010

⁸ Vigente desde el 1º de abril de 1994, y a más tardar al 30 de junio de 1995, para el sector público del orden territorial

pensión. No acontece lo mismo frente a las demás condiciones y requisitos, los cuales se rigen por las disposiciones contenidas en dicha Ley, por expreso mandato del artículo 36 *ibidem*, como acontece con el ingreso base de liquidación (IBL), el cual se regula por el artículo 21 y parágrafo del artículo 36 *ibidem*.

Por lo tanto, dicho régimen de transición pensional tiene como fin no frustrarle a las personas amparadas por dicha transición, la expectativa de pensionarse conforme a los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1.993, esto es, bajo el régimen anterior que les resulte aplicable, que no es otro sino aquel al que se encontraban afiliados, pues ésta última norma exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

(...)

De tal suerte, que quienes se pretendan abrigar por el régimen de transición, debe necesariamente cumplir con los requisitos exigidos para ello, los cuales no solo se refieren al cumplimiento de una determinada edad o de un tiempo de servicio o número de cotizaciones mínimas, sino que adicional a cada uno de ellos, confluente el requisito de encontrarse afiliado a un régimen pensional anterior, como era el administrado por las Cajas o Fondos de Previsión Social del sector público o privado que tenían a su cargo la pensión de sus afiliados, o al Instituto de Seguros Sociales; o bien sea, que hayan tenido su vinculación laboral con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1.993, ya sea en el sector público o privado, cuyo empleador las asumía directamente.

Por lo tanto, el derecho a una pensión, entendida ésta como una prestación social cuyo objetivo es facilitar un modo de vida racional a las personas que luego de haber laborado determinado tiempo y haber alcanzado cierta edad, no se encuentran en condiciones de continuar participando en el mercado laboral, tiene en estricto rigor jurídico como componente imprescindible, el cumplimiento de un determinado número de años de labores o de una cantidad de cotizaciones preestablecidas según el régimen que lo cobije. Es por ello, que frente a un trabajador que no estaba afiliado a las Cajas o Fondos de Previsión Social, al Seguro Social o no se encontraba prestando sus servicios a un empleador particular u oficial que las asumía directamente, no se puede válidamente pregonar que tenía una expectativa pensional para la época en que se implantó el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1.993.

Con base en lo anterior expuesto, resulta carente de toda lógica que una persona que no ha ingresado al sector laboral se beneficie de un régimen pensional por el simple hecho de arribar a una edad determinada sin prestación alguna de un servicio remunerado, lo que resultaría un contrasentido a la naturaleza propia de un derecho pensional.

Debe precisarse que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 hace alusión al ***“régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*** se refiere precisamente como ya se anotó, a los servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1.993, lo cual cobija tanto al sector público, oficial, semioficial en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y el sector privado en general.

Y ello es así, porque antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existieron diversos regímenes en materia pensional, cada uno con su regulación propia, como entre otros podemos mencionar:

(i) El Régimen aplicable a los trabajadores particulares no afiliados al Seguro Social. Esta pensión de jubilación se encontraba regulada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo (derogado por la Ley 100 de 1.993), el cual se

aplicaba a aquellos trabajadores particulares que para la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el seguro de invalidez, vejez y muerte no fueron llamados a inscripción⁹.

(ii) El Régimen pensional administrado por el Seguro Social, que se encuentra previsto en el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, el cual se aplica a los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales que hayan sido afiliados a dicho Instituto y hubieren cotizado para el sistema de invalidez, vejez y muerte de dicho instituto¹⁰.

(iii) El Régimen Pensional del Sector público. Previsto en la Ley 33 de 1985, el cual se aplica a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel nacional y territorial que no tengan un régimen especial de pensión¹¹.

(iv) Régimen Pensional por aportes. Regulado por la Ley 71 de 1981, aplicable a las personas que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33 de 1985 o con el Decreto 758 de 1990, y que permite sumar los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado¹² y ¹³

(v) Otros regímenes como el de los docentes oficiales, el de los congresistas y el de la Rama Judicial y el Ministerio Público <consagrado en el Decreto 546 de 1.971>¹⁴

Luego, para determinar qué régimen pensional se le aplica a los beneficiarios del régimen de transición se debe acreditar la prestación de una labor remunerada, ya sea en el sector público o privado.

En el caso sub examine, no se discute y por el contrario se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 5, que la actora nació el 8 de junio de 1955, de donde se infiere que al 1º de abril de 1994, contaba con 38 años de edad, lo que pone de presente que cumple con uno de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, pero a la vez se advierte que no cumple con el otro requisito antes aludido, dado que no reporta tiempo laborado ni cotizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1.993, puesto que conforme consta en el *"PERIODO DE INFORME: Enero 1967 hasta julio de 2010"*¹⁵, la actora solo se afilió por primera vez al Régimen de Prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales el **01/12/1997**, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, lo que permite inferir que no se encontraba afiliada a ningún régimen pensional anterior, circunstancia que impide darle aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, y que expresamente dispone que a las personas beneficiarias por la transición se les aplicará el régimen anterior al que se encontraban **"afiliados"**.

Por lo tanto, a pesar de que al 1º de abril de 1994, la señora Carmen del Socorro González Cano contaba con 38 años, esto es, tenía la edad prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no resulta beneficiaria de dicho régimen de

⁹ En este caso la edad para pensión es de 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres, y 20 años de servicios continuos o discontinuos al mismo empleador.

¹⁰ En este caso la edad para pensión es de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres. En cuanto al tiempo de servicios se debe acreditar un total de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o 500 semanas entre los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad respectiva.

¹¹ En este caso la edad para la pensión tanto de los hombres como de las mujeres se unificó en 55 años. Se debía acreditar 20 años de servicio en el sector público de manera continua o discontinua.

¹² En este caso la edad para los hombres es de 60 años y para las mujeres es de 55 años y 20 años de servicios sumados los aportes en cualquier tiempo a entidades de previsión social de cualquier orden y las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales.

¹³ Sobre el particular se puede consultar la obra "El derecho colombiano a la seguridad social", Gerardo Arenas Monsalve, Editorial Legis, 2da edición.

¹⁴ Régimen que exige 20 años de servicios, de los cuales por lo menos 10 al servicio de dichas entidades y edad mínima.

¹⁵ Folio 6, aportado por la misma demandante como anexo de su demanda.

transición pensional, en razón de que con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, no acreditó haber estado afiliada a ningún régimen pensional, puesto que al I.S.S. lo hizo por primera vez el "01/12/1997", es decir, con posterioridad a la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1.993, no pudiéndosele aplicar la norma que invoca como sustento de sus pretensiones como es el art. 12 del Acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Tampoco acreditó servicios prestados o cotizados al sector público, oficial, semioficial en todos sus órdenes, ni en el sector privado en general."

FUENTE NORMATIVA. Artículo 36 Ley 100 de 1993, Artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, Sentencia C-596 de 1997 Corte Constitucional.

DEMANDANTE. CARMEN DEL SOCORRO GONZÁLEZ CANO

DEMANDADO. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

FECHA. 30 DE MAYO DE 2012

RADICACIÓN. 08-001-31-05-003-2011-00110-01- <47113-A >.

DECISIÓN. CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

PENSION ANTICIPADA–Requisitos para acceder a esta prestación/Reconocimiento conforme el plan de retiro anticipado que Telecom ofrecía a sus trabajadores/ **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES**–Obligaciones legales que le asisten frente a los empleados de la antigua empresa de comunicaciones/**CONVENCIÓN COLECTIVA**–Interpretación y aplicación como fuente de derechos/**ADENDA CONVENCIONAL**–Modificó los requisitos contemplados en la convención colectiva vigente para la época del retiro de la actora.

MAGISTRADO PONENTE. Dr. EFRAIN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS, SALA DE ORALIDAD

Causa fáctica. En el presente caso la parte actora solicitó el reconocimiento de su pensión anticipada con base en un plan de retiro anticipado que gozaban los trabajadores de la antigua empresa TELECOM, el cual había sido negada por la entidad PAR, bajo el entendido que la adenda a la convención colectiva agregó requisitos que la extrabajadora no cumplía y por tanto no podía hacerse acreedora a la prestación reclamada.

Extractos. "Con respecto al primero de los problemas jurídicos planteados cabe señalar que TELECOM ofreció un plan de retiro anticipado a sus empleados de nivel nacional, pertenecientes a los regímenes especiales y a los cargos de excepción, que se encuentren hasta 7 años de cumplir los requisitos para la pensión. Éste plan fue aprobado mediante ACTA 1782 de la Junta Directiva, visible de folio 898 a 911 del expediente.

Por su parte obrante a folio 1154 en adelante se observa un instructivo de plan de pensión anticipada, en donde entre otros aspectos se establecen los sujetos a quienes va dirigido el referido plan. En uno de sus ítems se hace referencia a los regímenes especiales de pensiones reconocidos por la empresa (folio. 1155), aludiendo para ello lo establecido en la adenda extraconvencional, a la convención colectiva 1996-1997.

De lo anterior se observa que como requisitos para acceder al plan de retiro anticipado se establecieron los siguientes:

- Estar cubierto por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

- Estar vinculado a la planta de personal de Telecom al momento de su transformación en Empresa Industrial y Comercial del Estado.
- 20 años de servicio del Estado y 50 años de edad
- 25 años de servicio del Estado y cualquier edad
- 20 años en cargo de excepción y cualquier edad

El debate de la presente lid se concreta frente a los requisitos para acceder al plan de retiro anticipado, y si la actora cumple con ellos y por ende es titular del derecho a la pensión anticipada. Lo anterior en la medida en que el fundamento legal del Juez de Primera Instancia, al momento de reconocer pensión anticipada a la actora, partió de la premisa de que los requisitos establecidos en el referido plan, no eran consecuentes con los derechos pensionales de los trabajadores de TELECOM establecidos en la convención colectiva 1996-1997.

A la anterior conclusión llegó luego de interpretar el artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, y la adenda convencional, manifestando frente a ello, que la adenda no interpretaba la convención colectiva, contrario a ello, modificaba los requisitos pensionales reconocidos a los trabajadores de TELECOM y que les fueron consagrados en virtud del artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997.

En consecuencia se establece como problema jurídico asociado, establecer si efectivamente la adenda modificó los requisitos establecidos en el artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, y a partir de ello determinar cual es la interpretación válida del mencionado artículo 2, para efectos de establecer los requisitos para acceder al plan de pensión anticipada.

Lo anterior en la medida de que el plan de retiro anticipado ofrecido por TELECOM, asume como punto de partida, los derechos pensionales reconocidos a los trabajadores de TELECOM, adquiridos mediante convención colectiva, por lo tanto resulta pertinente traer a colación el artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, la cual en su tenor literal establece lo siguiente (folio 303):

Artículo 2º. VIGENCIA DE NORMAS EXISTENTES. Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ATT y de los trabajadores de LA EMPRESA, que consten por escrito en la Constitución Nacional, Leyes, decretos, contratos individuales, convención colectiva, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas por esta. (Negrita y subraya del despacho)

Por su parte la adenda al artículo 2º de la convención colectiva de trabajo 1996-1997 estableció:

Las partes suscribientes de la presente adenda dan alcance al artículo 2º de la convención Colectiva de trabajo 1996-1997, suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, SITTELECOM, y el Sindicato de Industria de Trabajadores cobijados por el régimen de transición establecido en el Inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, vinculados a la Empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992, las siguientes modalidades de pensión:

1. El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.

2. El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.

Los trabajadores en los cargos denominados como de excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio, sin consideración a la edad, y en los términos del Decreto 1835 de 1994.

La presente addenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM.

Con referencia a lo dispuesto debe destacarse que la convención colectiva, tal y como se estableció en la Sentencia de abril 7 de 1995, Radicación 7243, constituye un acuerdo de voluntades sui generis – el cual debe interpretarse atendiéndose más a la intención que tuvieron quienes lo celebraron, si dicha intención es claramente conocida, que a las palabras de que se hayan servido los contratantes. Se trata de un acto solemne y constituye una fuente formal de derechos, ya que en ella se fijan las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

Para acreditar su existencia en un proceso laboral se debe demostrar el cumplimiento de las solemnidades que se exigen para su validez aportándose su texto auténtico y el del acta o certificación de su depósito oportuno ante el Ministerio de Trabajo dentro de los 15 días siguientes a su firma (Artículo 469 del C.S. del T.) los cuales deben ser expedidos por el depositario del documento.

Su condición de acto solmene conlleva a que ella no pueda ser modificada, sino a través de otra convención colectiva con el lleno de todos los requisitos legales o mediante laudo arbitral, o por el mecanismo de la revisión consagrado en el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo.¹⁶

En cuanto a las actas adicionales aclaratorias o adendas a las convenciones colectivas, suscritas por los representantes legales de los empleadores y de los trabajadores a través del Sindicato, constituyen simples aclaraciones de las convenciones, por ser éstas oscuras o confusas. La jurisprudencia reiterada de la Corte, las ha aceptado.¹⁷ Estas adendas tienen tanta y plena validez jurídica como las cláusulas convencionales, por cuanto constituyen un acuerdo bilateral vinculante y por lo mismo expresan una forma válida de prolongación de la negociación colectiva.

En consecuencia el objeto único de una adenda se concreta en ser un acta aclaratoria, sin poder para modificar una convención colectiva, dicha potestad se encuentra limitada a los principios generales protectores del derecho del trabajo, de ello, que no puédase con tal acta, vulnerarse derechos de los trabajadores, permitiéndose en aquellos casos en que tales actas desborden su naturaleza, la posibilidad de su inaplicabilidad por parte del Juez del Trabajo, conforme se establece en la cláusula de competencia consagrada en el artículo 2 del código procesal del trabajo y la seguridad social.

¹⁶ Radicación 6564. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio

¹⁷ Sala de Casación Laboral. Sentencias de. OCTUBRE 9/95, Rad. 7761. Acta No. 55. M. P. RAFAEL MENDEZ ARANGO; octubre 12/95, rad. 7907. Acta No. 53. M. P. HUGO SUESCUN PUJOLS; febrero 29/96, rad. 8244. Acta No. 11. M. P. GERMAN G. VALDEZ SANCHEZ; mayo 31/95, rad. 7453. Acta No. 16 y mayo 24/96, rad. Nos. 8236. Acta No. 21. M. P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO; diciembre 15/95, rad. 7598. Acta No. 32. M. P. RAMON ZUÑIGA VALVERDE; diciembre 3/98, rad. No. 11129. Acta No. 46. M. P. FERNANDO VAZQUEZ BOTERO; abril 27/05, rad. No. 23373. Acta No. 44. M. P. ISAURA VARGAS DIAZ;

Frente a la claridad de los anteriores aspectos, conviene ahora indagar si efectivamente tal y como lo sostuvo el A-quo, la adenda al artículo 2° de la convención colectiva, desbordó en su objeto, al no solo interpretar las normas que establecían derechos a favor de los trabajadores de TELECOM, SITTELECOM, y ATT, sino además al modificarla, consagrando como requisito adicional, ser beneficiario al régimen de transición establecido en el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Para ello y comoquiera que el artículo 2 de la convención Colectiva 1996-1997 estable a la letra "*Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ATT y de los trabajadores de LA EMPRESA*"; es menester recavar en tales normas para efectos de verificar si ha existido algún tipo de modificación a ella.

Como primero cabe aludir que la ley 28 de 1943 y la ley 6ta de 1945 reconocían para los servidores del sector de comunicaciones básicamente tres sistemas de pensiones: uno, igual al previsto de manera general en la ley 6a de 1.945 para "empleados y obreros nacionales" (art. 17.b); otro, por razón del tiempo de servicio sin consideración a la edad y, un tercero, referido a actividades especiales.¹⁸

Posteriormente el decreto 2661 de 1.960 por el cual se dictaron los estatutos de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, recogió los tres sistemas pensionales enunciados que se encontraban entonces vigentes: el artículo noveno reiteró la pensión general de la ley 6 de 1.945 que, a su vez, había incluido el artículo 1°, inciso 1° de la ley 28 de 1.943 ; el décimo reguló el derecho pensional por razón del tiempo de servicio previsto en el artículo 1, inciso 2 de la ley 28 de 1.943 y el once se refirió a las actividades que dan lugar a la pensión excepcional, establecida en el parágrafo del artículo 1 de la ley 28.

Todos estos diferentes regimenes generales de pensiones del sector oficial fueron subrogados por el Decreto 3135 de 1968, expedido por el Presidente de la República, implementando como única modalidad de pensión la establecida en su artículo 27, la cual reconoció una Pensión de jubilación o vejez, al empleado público o trabajador oficial que sirviere veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer.

La referida norma consagró en su inciso final "*No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente*".

En consecuencia reluce que el Decreto 3135 de 1968 modificó el régimen general de pensiones a cargo de la Caja de Previsión Social de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva sujetos al régimen general que regulaban el derecho a la pensión en el sector de las comunicaciones, salvo en lo relativo a la excepción consagrada en el artículo 11 del Decreto 2661 de 1960.

(...)

Atendiendo lo anterior se conlleva a que independientemente de la interpretación que pueda surtirle al artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, y el alcance de la adenda, en cuanto a los cargos de excepción, continúa vigente su régimen especial de pensión, es decir 20 años de servicios en cualquier tiempo, continuando sus efectos aún con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal y como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 20 de octubre de 2006

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente. Augusto Trejos Jaramillo. Radicación: 1.390.

radicado 27780, que rememora las de 21 de octubre del mismo año y 16 de noviembre de 2005, radicados 26866 y 25562, estableciendo lo siguiente:

Finalmente es conducente reseñar que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no afectó la pensión especial prevista en el artículo 11 del Decreto 2661 de 1960, para las personas con 20 años de servicios y cualquier edad que al momento de transformarse Telecom en empresa industrial y comercial estuviesen desempeñando los cargos establecidos en esta última disposición, es decir de operadores de radio y telégrafo, jefes de líneas, revisores, plegadores, clasificadores y mecánicos de las oficinas de radio y telégrafo, toda vez que el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1835 de 1994 determinó que a los servidores de Telecom que se hallen en la situación descrita se les aplicará íntegramente las normas especiales en materia pensional que rigieran a esa fecha'

Corolario de lo dicho, al imponer la adenda el requisito adicional de acceder al régimen de transición en tratándose de cargos de excepción, no solo interpreta el artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, sino además lo modifica, por cuanto se agrega un requisito adicional.

Tal argumento tiene sustento, en la medida en que la plurimencionada adenda vulnera las garantías mínimas que reconoce el derecho laboral, en éste caso, consagrados a favor de trabajadores que laboraron en actividades especiales en atención a la naturaleza de la actividad del trabajador, tal y como lo reconoció la Sala de Casación Laboral en sentencia radicada 12.856.

En el asunto que se estudia, la señora ADOCINDA MARTINEZ HERNANDEZ, laboró desde el año 1982 en el cargo de TELEFONISTA NACIONAL, el cual era considerado como cargo de excepción, y que su vinculación se extendió por el lapso de 18 años 5 meses como es establecido en la resolución 2506 y 1947 de 2008 obrante de folio 67 a 88, y como puede extraerse de la relación de tiempo de servicios obrante de folio 106 a 110.

Analizado lo anterior de manera conjunta con las condiciones establecidas en el plan de retiro anticipado, se tiene que a la señora ADOCINDA MARTINEZ HERNANDEZ, le faltaban menos de dos años para acceder a su derecho a la pensión anticipada ofrecida por TELECOM, de tal suerte que no puede ser negado su derecho aludiendo a las razones establecidas en el oficio UR-1400 obrante a folio 117 del expediente, esto es por no ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ello en razón a que tal y como fue expuesto con antecedencia, pertenecer o no al régimen de transición no es relevante para efectos de reconocer las pensiones establecidas en los regímenes especiales o de excepción.

Por consiguiente no se equivoca el Juez A-quo, al establecer que la adenda convencional 1996-1997, al artículo 2º de la convención colectiva, no solo interpreta dicho artículo, siendo que además lo modifica, y al sustentarse el plan de retiro voluntario en los derechos convencionales reconocidos a los trabajadores de TELECOM, debe entenderse que el alcance del referido artículo 2º, no contempló como requisito la pertenencia al régimen de transición contenido en el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual le asiste pleno derecho a la actora para cobijarse de la pensión anticipada.

En lo que respecta al monto de la pensión, debe destacarse que visible a folio 281, se establecen las reglas para la liquidación de la misma, indicándose que para los cargos de excepción "se toman los valores cancelados por factores

*legales y extralegales en los últimos 12 meses laborados; se divide éste total entre 12 y se calcula el 75%, obteniendo así el valor de la mesada pensional**

Para tal efecto, se tomará como base el monto de los aportes en pensiones efectuados por TELECOM, a favor de la demandante en el último año de servicios, lo cuales se observan de folio 86 a 88. Se tiene entonces un total anualizado de \$13.599.000, el cual dividido entre 12 arroja la suma de \$1.133.250, suma a la cual se le aplica el 75%, obteniéndose una mesada inicial en el monto de \$849.937., de las cuales recibirá el número de 13 mesadas anuales, tal y como se establece en el folio 280. La respectiva pensión debe pagarse debidamente indexada.

Por último, y comoquiera que para acceder al plan de retiro anticipado, los trabajadores debían firmar un acta especial de conciliación en la cual se comprometieran a terminar de mutuo acuerdo el contrato (folio. 280) se autorizará a la demandada PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES, a descontar a la actora, lo cancelado por concepto de indemnización por despido injusto, debidamente indexada. El valor de la indemnización cancelada a la actora, obra a folio 55 del expediente y asciende a la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$7.258.380).

(...)

En cuanto al argumento establecido en el recurso de apelación orientado a la imposibilidad del PAR de asumir un derecho pensional diferente a aquellos negociados al momento de celebrar el contrato mercantil, por medio del cual tal entidad asume las obligaciones de TELECOM, no tiene la vocación por si solo de modificar los resultados de lo establecido en la sentencia de primera instancia, lo anterior en atención a que el inciso final del artículo 35 de decreto 254 de 2000, norma que regula la naturaleza legal de ésta figura establece:

Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley”

En consecuencia y en el momento mismo en que el PAR se subrogó en las obligaciones de la extinta TELECOM, asumió sus obligaciones, y dentro de ellas, las obligaciones remanentes y contingentes, así como de los procesos judiciales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio y el cumplimiento de las demás actividades, obligaciones o fines de conformidad con la ley correspondan a las sociedades Fiduciarias, tal y como se establece en el artículo 12 numeral 12.29 del decreto 4781 del 30 de diciembre de 2005, el cual aclara, modifica y adiciona el decreto 1615 de 2003.”

FUENTE NORMATIVA. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de abril 7 de 1995, Radicación 7243 y Radicación 6564. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. De igual manera, Sala de Casación Laboral, Sentencias de: OCTUBRE 9/95, Rad. 7761. Acta No. 55. M. P. Rafael Méndez Arango; octubre 12/95, rad. 7907. Acta No. 53. M. P. Hugo Suescun Pujols; febrero 29/96, rad. 8244. Acta No. 11. M. P. Germán G. Valdez Sánchez; mayo 31/95, rad. 7453. Acta No. 16 y mayo 24/96, rad. Nos. 8236. Acta No. 21. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; diciembre 15/95, rad. 7598. Acta No. 32. M. P. Ramón Zúñiga Valverde; diciembre 3/98, rad. No. 11129, Acta No. 46, M. P. Fernando Vásquez

Botero; abril 27/05, rad. No. 23373. Acta No. 44. M. P. Isaura Vargas Diaz. Ley 28 de 1943 y Ley 6ta de 1945, art. 17., Decreto 2661 de 1.960, art. 11; Decreto 3135 de 1968, art. 27.

DEMANDANTE: ADOCINDA MARTINEZ HERNANDEZ

DEMANDADO: CAPRECOM Y EL CONSORCIO PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR

FECHA: 30 de mayo de 2012

RADICACIÓN: 45.928 – A

DECISIÓN: Modifica numerales primero y segundo de la sentencia–Confirma la providencia en lo demás– Condena en costas a la parte demandada.

3.–SALA PENAL

PRUEBA INDICIARIA–Para su apreciación deben ser suficientes para imputar una conducta criminal/**DUDA PROBATORIA**–Conlleva a la absolución del acusado/**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**–Debe ser desvirtuada con elementos materiales probatorios fehacientes que otorguen certeza al juzgador.

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica. En el presente caso el apelante solicita su absolución de la condena de homicidio agravado y porte ilegal de armas, quien en su defensa manifiesta no existir elementos probatorios que conduzcan a la certeza que cometió los punibles que le fueron endilgados, como quiera que los testimonios obrantes no permiten establecer fehacientemente la comisión de esos delitos por parte suya.

Extractos. “En este orden de ideas, hacemos una síntesis del largo e interesante alegato de apelación que nos presenta la defensa del procesado y que por diferentes ángulos o perspectivas jurídicas, probatorias, en armonía con disímiles argumentos conclusivos, pretende en la segunda instancia mostrar el equívoco del juez de primer nivel en la valoración que hiciera al conjunto de pruebas que militan en este expediente y que lo impulsó a proferir el fallo de condena que ataca, de la siguiente manera: (i) advierte un grave error al proferirse la sentencia condenatoria, en contra de su defendido Guillermo Ortiz Lozada, al fundamentarla en el testimonio de Edwin Enrique Reyes Márquez, cuñado de la víctima Carlos Alberto Bucles (Q.E.P.D.) y del otro testigo Frank Abad Cuadros Ortiz., (ii) El papel aportado al expediente, por la persona que afirmó llamarse Yuly Lascano Ortega, se le otorgó plena validez y eficacia jurídica desde la agencia Fiscal que instruyó el proceso hasta en la sentencia condenatoria materia de la alzada, careciendo este de todo valor probatorio en consideración a que jamás fue manifestado ni ratificado ante la Fiscalía ni el Juez del conocimiento, pues no padeció de la contradicción –derecho de defensa–.(iii) Sobre la base de un apodo, de un alias, sin que hubiera sido identificado en legal forma, se le endilgó la responsabilidad, a su defendido imponiéndole una sentencia condenatoria (iv) Considera que el reconocimiento en fila de personas era indispensable, necesario en razón de la incertidumbre existente con respecto a la verificación de la verdadera identidad de quien apodan como “El Guille”, alias utilizado por el testigo Edwin Reyes Márquez.

Pues bien, el Estatuto Procesal Penal mediante el cual se rituló este proceso penal, enseña el contenido de los principios que guían el régimen probatorio y sus formas de valoración, regulando en su artículo 233, el principio de libertad probatoria, en el artículo 238 el de la apreciación de las pruebas, imponiendo que esta se despliegue siempre en su conjunto, el 239 aquel que rige la validez de la prueba trasladada, el artículo 277 que nos expone o señala los criterios para apreciar el testimonio, que entre otros son: *“...los principios de la sana crítica y especialmente, los relativos de la naturaleza percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción con las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiera declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”* También los artículos 284 al 287 que nos habla del indicio y su apreciación, el cual se hará en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los medios de pruebas que obren en la actuación procesal.

En el presente caso, tenemos que el juez de primer nivel, condenó al señor Guillermo Ortiz Lozada, como coautor del delito de Homicidio Agravado en concurso con el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Arma de Fuego o Municiones; los argumentos del aquo, para condenar al señor Ortiz Lozada, los podemos extraer de la sentencia condenatoria.

“...Finalmente el tercero de los procesados es GUILLERMO ANTONIO ORTIZ LOZADA (a) EL GUILLE fue identificado en los informes suscritos por los investigadores de CTI.

A lo anterior se agrega el testimonio de EDWIN ENRIQUE REYES MARQUEZ, cuñado de la víctima describe al GUILLE diciendo que es blanquito también, flaquito, tiene una cicatriz en el ojo en estos momentos un ojo de vidrio lado derecho porque le dieron un tiro por estar atracando. Pertenecen a la banda del puentecito por donde MARIA MONDA, una muchacha que los patrocina y vende vicio. En el curso de la indagatoria rendida por el procesado se dejó constancia que el indagado no tiene el ojo izquierdo, según afirmo que ello fue producto de un vidrio cuando partieron una botella contra una pared y un vidrio le dio en el ojo, hace como nueve meses, Señala como al cabecilla de la banda al CHINO, que es el jefe de todo, es el que alquilo las armas al GULLE que tiene como cinco revólveres.

El móvil del homicidio se acredita con el testimonio de EDWIN ENRIQUE REYES MARQUEZ, quien aseguró que su cuñado no dejaba que atracaran por el sector; Ellos decían que tenían que matarlo porque se metía a sapo...”

El Tribunal, impulsado por las inconformidades del apelante se dio a la tarea de realizar un escrutinio exhaustivo y sereno de las piezas procesales, en que se finca la Juez de primera instancia, para condenar como coautor de los delitos señalados con anterioridad, al señor Guillermo Ortiz Lozada; lo anterior en procura de establecer si los argumentos y ponderación que desplegó la juez en el mentado fallo, es correcto o por contera le asiste razón al impugnante cuando auspicia o pretende que la condena de su asistido se revoque y consecuentemente se absuelva por los delitos de marras al enjuiciado.

En ejercicio de esa labor tenemos la declaración jurada del señor Edwin Enrique Reyes, declaración sobre la cual el aquo, construyo los argumentos para endilgarle la responsabilidad por los delitos investigados, al señor Guillermo Ortiz Lozada; el señor Reyes manifestó:

“...Eso ocurrió como a las dos (2) de la tarde, había llegado yo a ver a los hijos míos que son sobrinos de el porque la hermana de la victima es la señora mía para ese tiempo ella también se encontraba embarazada y me encontraba yo dialogando con la señora mía YULIA BUCLES al rato llego la victima CARLOS ALBERTO BUCLES entonces le dijo a ella yo me voy a acostar un rato entonces ella misma también le dijo que se iba a acostar entonces cuando ella dijo que se iba a acostar yo le dije entonces yo me voy a la casa de mi mama un rato cuando iba bajando a una cuadra de la casa venían subiendo dos tipos, mas atrás venían dos tipos mas entonces yo me encuentro con ellos, con los cuatro (4) tipos, entonces cuando yo conocí a uno de ellos de los cuatro como EL GUILLE, no me dio tiempo de devolverme para la casa de la mujer mía cuando voy llegando a la otra cuadra oigo unos disparos cuando oigo los cuatro disparos la gente comienza a gritar y comienzan a decir que es donde CATA, es donde CATA, CATA es la mama de la victima, entonces yo me devuelvo porque tenia a la mujer mía preñada allí y el niño mío de dos años y medio que se encontraba allí, entonces cuando me devuelvo para la casa que llego a la casa donde estaban ocurriendo los hechos, ya la mujer mía estaba tirada en el suelo privada desmayada, entonces cuando me dicen que lo van correteando porque toda la gente iba atrás porque el cuñado mío CARLOS ALBERTO salió por el patio y eso parecía como cuando uno va correteando un conejo y entonces los vi cuando allá mas debajo de la otra cuadra aparecieron dos tipos mas, entonces es ahí cuando le dan un tiro en el pie a mi cuñado CARLOS ALBERTO, entonces el corría y corría y la gente le gritaba corre CARLOS y ellos decían pilas que se nos escapa eso lo decían los que lo perseguían...”

(...)

“..Todos ellos iban ese día engorrados con camisa blanca y jeans azules, EL JHON GATA es uno chiquito como blanquito, pelo catire mono es un pelao como de 21 años, todos eran pelaos, EL CHINO es alto, pelo negrito, orejon, EL OVER es negrito, flaquito, pelo bajito apretadito, EL GUILLE es blanquito también, flaquito tiene una cicatriz en el ojo en estos momentos un ojo de vidrio lado derecho porque le dieron un tiro por estar atracando, EL POPEYE es flaquito, bajito también catire, EL CALVO es alto ese si es mas viejo tiene como 28 años y los demás si no los pude ver bien porque tenían gorras, ellos pertenecen a la BANDA DEL PUENTECITO por donde MARIA MONDA una muchacha que los patrocina a ellos los robos y vende vicio, el problema que tenia mi cuñado con ellos era que el no dejaba que ellos (los asesinos) atracaran por ahí, mi cuñado viajaba a MAICAO con la mujer de el KAREN LALDIRIS y vendía y repartía ropa, entonces los pandilleros tenían el barrio azotado y siempre que llegaban por ahí querían atracar y como mi cuñado conocía a unos de ellos porque un amigo que tenia por el campo le decía y ellos pasaban por ahí y nosotros

*los veíamos atracar y robar y los robos aparecían porque mi cuñado les decía que tenían que entregar lo robado...”*¹⁹

La credibilidad del testimonio no depende de la concordancia absoluta del testigo en sus distintas intervenciones, debe realizarse un juicio analítico severo y con el auxilio de los principios que orientan la sana crítica, el cual abarca no sólo las plurimas evocaciones del testigo, sino de la de otras personas e inclusive de cualquier medio probatorio que guarde correlación con sus dicciones, para de ahí extraer lo sustancial o esencial en estricto sentido con los sucesos fácticos y con la rigurosa adecuación típica en procura de mantener la presunción de inocencia de un procesado o en su defecto alcanzar la certeza sobre la responsabilidad penal en la conducta o conductas objeto de investigación. Pero es que en el presente caso, tenemos que, de los testigos que declararon durante el proceso, solo el señor Edwin Enrique Reyes, informa haber visto al sujeto con el alias el “El Guille”, al manifestar que: “...cuando iba bajando a una cuadra de la casa venían subiendo dos tipos, mas atrás venían dos tipos mas entonces yo me encuentro con ellos, con los cuatro (4) tipos, entonces cuando yo conocí a uno de ellos de los cuatro como EL GUILLE...” y luego el mismo testigo describe al citado sujeto de la siguiente manera: “..EL GUILLE es blanquito también, flaquito tiene una cicatriz en el ojo en estos momentos un ojo de vidrio lado derecho porque le dieron un tiro por estar atracando...”. Las anteriores afirmaciones se complementaron con un informe investigativo de la BRINHO, que da cuenta de la plena identificación de alias “Guille”, quien según los investigadores: “...se encuentra vinculado en el homicidio de CARLOS ALBERTO BUCLES MIRANDA, hechos sucedidos el día 10 de marzo de 2005, en el barrio bajo valle...”.-Folio 54 y 55 cuaderno de la fiscalía-, sin mayores detalles que nos lleven al pleno convencimiento de que se trata de la misma persona que menciona el señor Edwin Enrique Reyes, en su declaración.

De todo lo anterior se pueden edificar juicios probables como que: a) La Persona con el alias “el Guille”, se trata de Guillermo Antonio Ortiz Lozada , b) Que la persona con el alias “el Guille”, se a una persona diferente a Guillermo Antonio Ortiz Lozada, y c) Que alias “el Guille”, como bien lo manifestó el testigo plurimencionado, se encontraba en el sitio de los hechos, pero sin la plena certeza sobre la participación de dicho sujeto, en el homicidio investigado.

Ante este panorama, no es posible que pueda derruirse la presunción de inocencia del señor Guillermo Ortiz Lozada, cuando sabemos que, las pruebas recaudadas, no contienen datos sólidos, que reporten a la judicatura de manera diáfana acuñar responsabilidad penal del procesado, en homicidio y porte ilegal de arma de fuego de uso personal, último que también debe desvirtuarse, en atención a que el testigo que afirma haber visto a alias “el Guille”, no menciona que este portaba arma de fuego, cuando manifiesta que: “ venían subiendo dos tipos, mas atrás venían dos tipos mas entonces yo me encuentro con ellos, con los cuatro (4) tipos, entonces cuando yo conocí a uno de ellos de los cuatro como EL GUILLE...”²⁰

Si bien existen algunos indicios que acercan al señor Guillermo Ortiz Lozada, a la comisión de los delitos por los cuales fue procesado, estos indicios no son suficientes para endilgarles dicha coautoría, al respecto los artículo 284, 285, 286 y 287 de la ley 600 de 2000 establecen:

¹⁹ Declaración jurada rendida por Edwin Enrique Reyes, en fecha 4 de mayo de 2005, folio 56, 57 y 58 cuaderno de la Fiscalía.

²⁰ Declaración jurada rendida por Edwin Enrique Reyes, en fecha 4 de mayo de 2005, folio 56, 57 y 58 cuaderno de la Fiscalía.

“Artículo 284. Elementos. *Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro.”*

“Artículo 285. Unidad de indicio. *El hecho indicador es indivisible. Sus elementos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores.”*

“Artículo 286. Prueba del hecho indicador. *El hecho indicador debe estar probado.”*

“Artículo 287. Apreciación. *El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal.”*

De esta manera, no hay ningún equívoco para sostener que la presunción de inocencia del señor Guillermo Ortiz Lozada, no se encuentra altamente lesionada para que de paso a un fallo de condena, al contrario tal como lo expuso el apelante, aquí lo que resalta es la *duda* sin modo de eliminación. Al respecto podemos así planteadas las cosas, ilustrar sobre lo que se entiende por duda y certeza, de la siguiente manera:

“Duda. *Vacilación o indeterminación ante varias posibilidades, juicios o decisiones. 2º) Cuestión que implica o denota vacilación o indeterminación”. (Diccionario Enciclopédico Larousse – 2003).-*

“Certeza. *La que se busca en el procedimiento criminal de la que depende la honra, la libertad, la propiedad, la vida de los ciudadanos, sus derechos más sagrados, no se obtiene por otro camino que por el de la inducción, esto es, por el estudio reflexivo de los hechos y por el razonamiento; no bastando que la convicción sea instintiva, sino que debe ser razonada, fundándose en motivos sólidos y que deducidos con precisión la expliquen y la confirmen. (Diccionario Jurídico Colombiano – Luis F. Bohórquez B. Tomo II, Pagina 1265).-*”

Como bien lo dice el tratadista De Ambrosio Tapias, en su Enciclopedia Jurídica Española, que entre la duda y la certeza, hay grados intermedios que son las probabilidades. Que la certeza carece de matices y la probabilidad tiene a estos en número infinito; la primera afirma la verdad o la falsedad de un hecho; la segunda tiende ya a creer, y a no creer y admite cambios favorables y adversos. Para concluir que para que el juzgador adquiriera la certeza o fortifique o destruya las probabilidades debe acudir a los medios de prueba que la ley pone a su disposición.”

FUENTE NORMATIVA. Arts. 232,233, 238, 239, 277, 284–287 Ley 600 de 2000,

RADICACIÓN. 2011-0200-P-OP.

FECHA. Junio 14 de 2012

DECISIÓN. Revoca parcialmente la sentencia apelada–Confirma en los demás aspectos.

4.-ACCIONES CONSTITUCIONALES

HABEAS CORPUS–Improcedencia/HECHO SUPERADO–Se produce cuando mediante otra acción judicial se le concede al solicitante su libertad personal.

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ALVÁREZ, SALA LABORAL

Causa fáctica. En el presente caso el solicitante acude a través del habeas corpus a solicitar su libertad personal, cuando ya existía fallo judicial en tal sentido, razón por la cual al incoar este medio procesal existe carencia de objeto en el mismo.

Extractos. “Ahora bien, de conformidad a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-046, 15 de Febrero de 1.993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, la estructura lógica del derecho de Hábeas Corpus, supone que una vez se eleve la petición correspondiente, el Juez debe verificar determinadas condiciones objetivas como son: *i) Legalidad De La Captura y ii) La Licitud De La Prolongación De La Privación De Libertad*, para concluir sobre la procedencia de ordenar o no la libertad inmediata.

En otros términos, según lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional, dicho instituto opera solamente en los siguientes casos:

“(1) Siempre que la vulneración de la libertad se produzca por orden arbitraria de autoridad no judicial; (2) mientras la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos; (3) cuando, pese a existir una providencia judicial que ampara la limitación al derecho a la libertad personal, la solicitud del hábeas corpus se formuló durante el período de prolongación ilegal de la libertad, es decir, antes de proferida la decisión judicial; (4) cuando la providencia que ordena la detención es una auténtica vía de hecho judicial (T-260, abril 22/99, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Criterio reiterado, por la misma Corporación, en el fallo de control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1095 de 2006, señalando que:

“.. 8.1.3. Procedencia del hábeas corpus.

El texto que se examina prevé que el hábeas corpus procede como medio para proteger la libertad personal en dos eventos:

- 1. Cuando la persona es privada de libertad con violación de las garantías constitucionales o legales,*
y
- 2. Cuando la privación de la libertad se prolonga ilegalmente.*

Se trata de hipótesis amplias y genéricas que hacen posible la protección del derecho a la libertad personal frente a una variedad impredecible de hechos. La lectura conjunta de los artículos 28 y 30 de la

Carta Política, pone de manifiesto la reserva legal y judicial para autorizar la privación de la libertad de la persona, más aún si se considera que ésta constituye un presupuesto para el ejercicio de otras libertades y derechos.

Como hipótesis en las cuales la persona es privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, se pueden citar los casos en los cuales una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas²¹, o lo hace sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta.

También se presenta la hipótesis de que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley.

En cuanto a la prolongación ilegal de la privación de la libertad también pueden considerarse diversas hipótesis, como aquella en la cual se detiene en flagrancia a una persona (C.Po. art. 32) y no se le pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes; también puede ocurrir que la autoridad pública mantenga privada de la libertad a una persona después de que se ha ordenado legalmente por la autoridad judicial que le sea concedida la libertad. Otra hipótesis puede ser aquella en la cual, las detenciones legales pueden volverse ilegales, como cuando la propia autoridad judicial prolonga la detención por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho.

En suma, las dos hipótesis son amplias y genéricas para prever diversas actuaciones provenientes de las autoridades públicas, cuando ellas signifiquen vulneración del derecho a la libertad y de aquellos derechos conexos protegidos mediante el hábeas corpus.²²

Aplicando esta guía jurisprudencial al asunto bajo examen, encontramos lo siguiente:

- Que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla accedió la invocada y concedió la libertad del sentenciado, al estimar que se le vulneró al sindicado el derecho a una defensa técnica, ver folios 23 y 24 del expediente.
- Que en la data del 25 de Mayo del 2012, se profirió fallo de tutela en el que se ampara el derecho de defensa del reo, ordenándose a continuación su libertad; no obstante, posteriormente se promovió acción de Habeas Corpus, solicitándose lo mismo, <libertad del condenado>.

²¹ En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año de 1979 sobre el caso Argentino, esta Comisión recomendó que *para evitar que se produzcan nuevos casos de desaparición, crear un registro central de detenidos que permita a los familiares de éstos y a otros interesados conocer, en breve plazo, las detenciones practicadas; ordenar que éstas detenciones sean llevadas a cabo por agentes debidamente identificados e impartir instrucciones a fin de que los detenidos sean trasladados sin demora a lugares específicamente destinados al objeto.*

²² Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

- Que la orden de tutela del 25 de Mayo del 2012, fue comunicada al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas a través de oficio radicado el 30 de ese mismo mes y año.
- Que entre las datas de la recepción del oficio que comunica la orden de tutela al juzgado de ejecución de penas y la promoción del habeas corpus, tan sólo medió un día.

Luego entonces, que a raíz del trámite de tutela al petente le fue concedida la libertad, quedando sin razón de ser el Habeas Corpus incoado; lo que significa que el mismo carece de objeto actual, toda vez que se estaría tramitando una nueva solicitud de libertad.

Lo anterior, cobra fuerza con lo decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que en un caso similar al presente en donde al instaurarse la acción de Habeas Corpus, el juzgado que tenía el conocimiento del proceso de la ejecución, emitió providencia concediendo la libertad del reo, consideró que existía hecho superado, y por lo cual sustrae de materia de amparo a la acción constitucional, diciendo así:

“3. De esta manera y como adecuadamente lo explicó el magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Bogotá, el hábeas corpus interpuesto por el procesado PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ DÍAZ, es improcedente por las siguientes razones esenciales:

*i) El accionante elevó solicitud de libertad condicional ante el Juez Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá, la cual le fue concedida mediante decisión de 8 de los corrientes, por tanto, existe un **hecho superado**, lo cual sustrae de materia de amparo a la acción constitucional.”*

En conclusión, este despacho habrá de negar la presente acción constitucional de Habeas Corpus, por **hecho superado**, al haber sido favorecido el reo, ALBERTH MORELOS CORREA, con la decisión emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla a través del fallo de tutela que data del 25 de Mayo del 2011, y la cual le concede su libertad personal.

Cabe anotar que en atención que la solicitud de habeas corpus se negará, y a fin de evitar que el accionante quede en un limbo jurídico ante los engorrosos trámites antes los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, se conmina al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, que en un término no mayor a las 24 horas contadas a partir de la comunicación de esta providencia, desplieguen todas las gestiones de rigor para cumplir con el fallo, <tutela>, que dispuso la libertad del procesado.”

NOTA DE RELATORÍA. Esta decisión fue confirmada mediante providencia de fecha 14 de junio de 2012 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

FUENTE NORMATIVA. Artículo 30 Const. Pol., Ley 1095 de 2006, Corte Constitucional. Sentencia T-046, 15 de Febrero de 1.993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

RADICACIÓN. 001-2012

FECHA. Mayo 2 de 2012

DECISIÓN. Niega por carencia de objeto la solicitud impetrada.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES–Procede cuando existe una grave vulneración al derecho fundamental al debido proceso /**AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**–No pueden transgredir el marco legal de las funciones a ellas encomendadas

MAGISTRADA PONENTE. Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI, SALA CIVIL–FAMILIA

Causa fáctica. En el presente caso la parte actora solicita se protejan sus derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, el debido proceso, el mínimo vital, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia de la ley sustancial, que considera vulnerados por la conducta de los accionados, pues fue sujeto pasivo de expropiación administrativa de su inmueble adquirido por prescripción y hasta el momento no ha sido posible recibir la indemnización legal, por cuanto las autoridades encargadas de cumplir el fallo judicial manifiestan que el juez del conocimiento no discriminó en forma clara la porción de terreno que debe sustraérsele a dos (2) predios de mayor extensión, para saber con exactitud la porción que pertenece a la tutelante.

Extractos. “Viene vislumbrada la necesidad de resolución de la situación de la accionante, como quiera que a la fecha se encuentra en un limbo jurídico, al desconocer cuál es la entidad encargada de realizar la determinación de los linderos del predio que adquirió por el fenómeno prescriptivo y que ha sido objeto de expropiación.

Delanteramente se advierte que la responsabilidad no reposa ni en la **Alcaldía de Barranquilla**, ni en la empresa **Edubar S.A.** pues tales entes tienen a cargo únicamente el proceso de expropiación, e igualmente se encuentran a la espera de una resolución judicial, toda vez que para poder cancelar el precio del terreno a título de indemnización, necesitan saber con exactitud cual es la porción que pertenece a la accionante, señora Cenaida Bayona.

2.4.5. A simple vista, tanto el juez accionado como el Registrador de Instrumentos públicos, se han ceñido a los preceptos legales, pero resulta menester establecer en manos de quien (entre ellos dos) se encuentra la solución de la controversia.

De la revisión del expediente, se observa que en la demanda se advierte de principio sobre la situación concreta: *“10.El bien inmueble, del cual estamos solicitando la pertenencia, a favor de mi mandante; de acuerdo a las pruebas obtenidas, esta ocupando una parte de la extensión del inmueble de 220 metros cuadrados; que pertenecía al señor JOSE MERCEDES CARRILLO y la otra parte se encuentra ocupando una parte de la extensión del inmueble de 220 metros cuadrados que pertenecía al señor VICTORINO GIL MEJIA.”*

El juez decretó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos, a fin de constatar la identidad, extensión, linderos, estado de conservación, mejoras y antigüedad. El auxiliar informa que es un lote de forma

triangular y confirma los linderos de la demanda, limitándose a expresar que *“hace parte de dos lote (sic) de mayor extensión, cuya área total son 220 metros cada uno y aparecen con matrícula inmobiliaria No. 040-421888 y 040-421886. El lote, motivo de esta litis no aparece con numero inmobiliario, para mayor claridad de lo expuesto adjunto a este informe la carta catastral dejando así lleno su cuestionario...”*.

En marzo 17 de 2009, el juzgado ordena a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la inscripción de la demanda y posteriormente, por sentencia de noviembre 13 de 2009, declara la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio deprecada, con los mismos linderos, que vienen indicados en los folios de matrícula; sin poner de presente en que proporción de cada lote de mayor extensión, se le declaraba la prosperidad de la pretensión, lo que resultaba lógico toda vez que tal experticio no se había completado.

Presentada la solicitud a la Oficina de Instrumentos Públicos, se abre una actuación administrativa y se decide no acceder a las pretensiones de apertura de nuevo folio, argumentando que se desconoce la parte de los inmuebles que se afectaron, para proceder al desglobo de los folios de matrícula y asignar una nueva matrícula inmobiliaria al bien de la señora Cenaida Bayona.

Sin embargo, ante la solicitud que hace esta última al juez para que adicione la sentencia y aclare la situación, el funcionario se niega, alegando que no hubo desatinos a la hora de fijar los linderos, aunada la extemporaneidad de la solicitud (dos años después de dictada la sentencia).

2.4.6. En criterio de la Sala, luego de analizados los argumentos de las partes, y contrario sensu de lo expresado por el juez de conocimiento del proceso de pertenencia, se considera que es precisamente este funcionario, el único competente para dirimir la problemática que hoy ocupa nuestra atención.

Y es que, al denotar que el bien a prescribir hacía parte de dos lotes de mayor extensión, era necesario especificar, para efectos de una correcta inscripción en el nuevo folio de matrícula, qué porciones de terreno de tales lotes ocupaba el nuevo inmueble. Así no se hizo, revelándose pobreza en el peritazgo decretado y realizado, pues como viene expresado, el auxiliar de la justicia se limitó a confirmar los linderos descritos en el libelo.

Viendo la difícil situación por la que atravesaba la accionante, la respuesta correcta no era la dictada en auto de febrero 7 de 2012, debiéndose entonces corregir el error mediante esta especialísima vía, al ser ostensible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Procede entonces, como herramienta para culminar con la inseguridad jurídica en la que se encuentra la señora Cenaida Bayona, ordenar al Juez 10° Civil del Circuito, dicte providencia en que se corrija el error por omisión que se evidencia en la parte resolutive de la sentencia, para que con la ayuda del Instituto Geográfico Agustín Codazzi u otro auxiliar de la justicia, determine, qué porción de los dos inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias Nos. 040-421886 y 040-421888 ha adquirido la demandante por prescripción adquisitiva, a fin de que el Registrador de Instrumentos Públicos, pueda realizar la apertura del nuevo folio de matrícula, notificando lo decidido acorde con el artículo 320 incisos 1° y 2° del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 310 ibídem.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 86 Constitución Política y sus Decretos Reglamentarios, Artículos 320 incisos 1° y 2° C.P.C.

ACCIONANTE: CENAI DA BAYONA SERRANO

ACCIONADO: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, EDUBAR S.A. Y JUZGADO 10° CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

FECHA PROVIDENCIA: Mayo 25 de 2012

RADICACIÓN: 08-001-22-13-000-2012-246-00/ T-0242/12

DECISIÓN: Desvincula Alcaldía Distrital de Barranquilla, Edubar S.A., Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla y concede el amparo solicitado frente al Juzgado accionado.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ALVÁREZ
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 003 – JULIO DE 2012

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

ADOPCIÓN EN COLOMBIA-Requisitos legales/**DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD**-Presupuestos fácticos que deben agotarse para alcanzar esta medida de protección/**ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE ICBF**-No vulneró derechos fundamentales del menor. *Página 8.*

HABEAS CORPUS-Improcedencia/**HECHO SUPERADO**-Se produce cuando mediante otra acción judicial se le concede al solicitante su libertad personal. *Página 27.*

INCIDENTE DE EXCEPCIONES FORMULADO POR EL LLAMADO EN GARANTÍA-Oportunidad y Trámite/**SENTENCIA ANTICIPADA**-Procedencia conforme la ley 1395 de 2010/**CONTRATO DE SEGUROS**-Prescripción de la acción/ **SINIESTRO**-Término a partir del cual comienza a contabilizarse. *Página 5.*

PENSIÓN ANTICIPADA-Requisitos para acceder a esta prestación/Reconocimiento conforme el plan de retiro anticipado que Telecom ofrecía a sus trabajadores/ **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES**-Obligaciones legales que le asisten frente a los empleados de la antigua empresa de comunicaciones/**CONVENCIÓN COLECTIVA**-Interpretación y aplicación como fuente de derechos/**ADENDA CONVENCIONAL**-Modificó los requisitos contemplados en la convención colectiva vigente para la época del retiro de la actora. *Página 17.*

PRUEBA INDICIARIA-Para su apreciación deben ser suficientes para imputar una conducta criminal/**DUDA PROBATORIA**-Conlleva a la absolución del acusado/**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**-Debe ser desvirtuada con elementos materiales probatorios que otorguen certeza al juzgador. *Página 23.*

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-Inaplicabilidad por falta de afiliación a un Régimen Pensional anterior al de la Ley 100 de 1993/**BENEFICIARIOS**- Criterios legales para establecer quienes pueden obtener los beneficios del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993/**RÉGIMENES ESPECÍFICOS EN MATERIA PENSIONAL**-Aplicación excepcional. *Página 14.*

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONDUCCIÓN DE REDES ELÉCTRICAS-Presupuestos legales y jurisprudenciales para su declaración/**ACTIVIDADES PELIGROSAS**-Engendran una presunción de responsabilidad/**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**-Improcedencia respecto de la propietaria del inmueble donde se produjeron los hechos/**PERJUICIOS MATERIALES**-Se reduce su monto hasta en un quince por ciento (15%) por exposición imprudente de la víctima. *Página 1.*

TESTIGO RENUENTE-No se exime de la obligación de declarar /**INASISTENCIA DEL TESTIGO**-Conducta procesal que debe asumir el juez del conocimiento/**NORMAS PROCESALES**-Su función no sólo está encomendada a las ritualidades procedimentales sino a la efectividad de las normas sustanciales/**DERECHO DE DEFENSA**-Resulta vulnerado cuando la actuación judicial cercena oportunidades probatorias/**PRUEBA SUMARIA**-La constituye la certificación expedida por la Directora de Gestión humana que justifica la inasistencia del testigo. *Página 11.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procede cuando existe una grave vulneración al derecho fundamental al debido proceso/**AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**-No pueden transgredir el marco legal de las funciones a ellas encomendadas. *Página 31.*