

# **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**

## **PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

**BOLETIN No. 009 – Enero 2013**

### **PRESENTACIÓN**

Hoy me dirijo a todos los miembros de la comunidad jurídica atlanticense, funcionarios judiciales, empleados, abogados litigantes y a todas las personas estudiosas del derecho, para informarles que gracias al compromiso adquirido por este Honorable Tribunal, se ha venido consolidando esta gaceta judicial, contentiva de las providencias de interés que han sido proferidas por los Honorables dignatarios integrantes de las diversas Salas que lo conforman, la cual, gracias al esfuerzo de quienes contribuimos a que se consolidara como un medio de producción jurídica, formadora de conocimientos, temáticas y aportes novedosos, dándole de esta forma cumplimiento al objetivo principal para el cual fue creada, itero, convertirse 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, siendo de mucha utilidad al momento de la resolución de los diversos problemas jurídicos que surgen, facilitando la interpretación de las distintas disposiciones normativas cuya aplicación se demanda, eso sí con miras a impartir una recta administración de Justicia.

De igual forma agradezco a los Magistrados integrantes de las diversas Salas de este Tribunal, por haber sido participes en este meritorio ejercicio, allegando las decisiones por ellos emitidas sobre temas cuyo estudio y conocimiento consideraron relevantes, reiterándoles además la invitación a los jueces que conforman este Distrito judicial, para que se animen a participar en el debate jurídico que se ha venido gestando a través de estas prácticas académicas, y de esta manera seguir contribuyendo a la formación de temáticas valiosas sobre aspectos de derecho, que sirvan de base para las futuras generaciones de operadores judiciales.

Esperamos en Dios, que el presente instrumento siga contribuyendo a ello, pues sólo de esta manera nos acercaremos a una eficiente actividad judicial que responda a las reales necesidades de la sociedad, que se constituye en últimas en el objetivo principal de quienes estamos encargados de administrar justicia.

Sea igualmente esta, la oportunidad para hacer entrega formal del Cargo de Presidente de este Honorable Tribunal, labor que me honró ejercer durante un año, y en la que traté de ejecutarla con responsabilidad y esmero como merece dicha dignidad, dándole cumplimiento a tal propósito, concebido desde el mismo momento de mi designación.

**JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

**Presidente Tribunal Superior de Barranquilla**



# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

## PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 009 – Enero 2013

### 1. SALA CIVIL-FAMILIA

**CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA**– Es regulado por las normas de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena/**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN**–Es predicable del contrato inicialmente incumplido/

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

**Causa fáctica.** En el presente caso, la demandante como subrogataria de las obligaciones de la compañía que resultaba obligada inicialmente demanda al transportador solicitando el pago de los dineros que a título de indemnización desembolsó al propietario de las mercaderías perdidas,

**Extractos.** “...considero esta Sala de Decisión, pertinente el averiguar si se ha proferido por Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una Interpretación Prejudicial de los artículos pertinentes de la referida Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que pudiera ser aplicable al presente asunto, obteniéndose que efectivamente en marzo 19 de 2008, tal Tribunal en el proceso 156-IP-2007, profirió:

“Interpretación Prejudicial de los artículos 148 y 156 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; y, de oficio, de los artículos 18, 19, 75, 76, 91, 92, 101,102, 108, 140, 145 y 147 de la misma Decisión, solicitada por la Primera Sala de lo Civil de la H. Corte Superior de Quito, República del Ecuador, en el Proceso Interno N° 560-06-RM. Actor: COLONIAL COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. Asunto: “Transporte internacional de carga por carretera”. {véase nota 1}

Donde en primer lugar, se deja muy en claro, el principio de la “Supremacía Del Ordenamiento Jurídico Comunitario” sobre la legislación interna y particular del estado miembro, al indicar:

“SUPREMACÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.

El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Derecho Comunitario Andino el de “Supremacía del Derecho Comunitario Andino”, fundándose en los principios de “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino”, el de “Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y el de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”.

<sup>1</sup> El cual se obtuvo en la pagina web oficial del Tribunal Andino: <http://www.tribunalandino.org.ec>, y cuyo texto completo se anexa a esta providencia

Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las normas de derecho internacional. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias ente el derecho comunitario y las normas de derecho internacional, también prevalece el Derecho Comunitario Andino.

Un punto fundamental al analizar el principio de Supremacía del Derecho Comunitario Andino, como se dijo anteriormente, es el principio de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”, que no es otra cosa que el desarrollo del principio de supremacía y que consagra como un verdadero sistema jurídico al Ordenamiento Jurídico Comunitario, es decir, unido a que dicho sistema jurídico se presenta como un todo coherente y dotado de unidad, contiene un conjunto de principios y reglas estructurales que derivan de él mismo, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.”

Luego de lo cual, para establecer el contexto de lo que debe entenderse por “FORMA Y EFECTOS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE.” señala:

“El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre los Contratos de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, en su literal a) expresa que el contrato de transporte de mercaderías por carretera es “todo contrato en virtud del cual el portador se compromete, mediante el pago de un porte o precio, a transportar mercaderías por tierra de un lugar a otro en vehículos que emplean carreteras como infraestructura vial”.

Se define al contrato internacional de mercaderías por carretera, como el porte de mercancías que utiliza vehículos de transporte por carretera en todo su recorrido, en virtud de un contrato de transporte, desde el lugar situado en un país en el cual el transportador autorizado toma las mercancías bajo su responsabilidad hasta otro lugar designado para su entrega en un país diferente.”

Mas adelante indica:

“Específicamente, en cuanto al transporte internacional por carretera, la norma establece que la aplicación de esta Decisión está supeditada a que el transporte se efectúe en uno de los siguientes tráficos:

a) Entre dos Países Miembros Limitrofes”

el artículo 5o de la decisión 399, señala:

“Artículo 5.- El transporte internacional de mercancías por carretera que se efectúe entre Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, o en tránsito por sus territorios, se regirá por la presente Decisión y sus normas complementarias.”

De lo cual debe entenderse que lo determinante, frente a la aplicación de la Normatividad Internacional, como esencia del contrato de transporte internacional de mercancías regulado por la referida Decisión 399, es exclusivamente que el trayecto a recorrer con esa mercancía supere las fronteras de un Estado, desde un lugar situado en un país hasta otro lugar designado para su entrega en un país diferente, cuando los países correspondientes son miembros de la Comunidad Andina.

Donde las cualidades y obligaciones que se exigen a la persona o empresa que se dedica a esa actividad, en el capítulo IV, artículos 18 a 32 de dicha Decisión no son relevantes para establecer la naturaleza de la Norma que se le debe aplicar sino para definir, en cada circunstancia específica, cuales son las sanciones y consecuencias que deben asumir las partes contractuales en caso de su incumplimiento.

El aceptar el planteamiento que el desconocimiento que los contratantes hagan de esas cargas y obligaciones generan que las normas de la Comunidad Andina pierdan su aplicación y sean reemplazadas por la leyes nacionales de un país miembro que son incompatibles con ellas, no solamente contraría ese principio de Supremacía del Derecho Comunitario Andino, sino que dejaría la vigencia y aplicabilidad de la normatividad jurídica a la mera potestad y capricho de los contratantes.

Puesto que para ello bastaría que cualquier transportador asuma el riesgo de pasar las fronteras sin el cumplimiento de esos requisitos para que producir la inaplicabilidad de la normatividad de la Comunidad Andina y esa no puede ser una “interpretación” de esas normas que pueda aceptar un Funcionario Judicial de uno de sus países miembros.

Es por ello, que en todo evento que dos personas naturales o jurídicas pacten el traslado de una mercadería por carretera por el territorio de dos o más miembros de la Comunidad Andina, debe concluirse que se ha conformado un contrato de “transporte internacional de mercancías por carretera regulado por las normas de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena” así sea que quien hubiere asumido la obligación de efectuar el traslado de dicha mercadería no cumpla con los requisitos adicionales pertinentes.

En el caso presente está afirmado y aceptado por ambas partes procesales el que la Compañía de Galletas Noel S.A. y Transportes Sánchez Polo S.A., convinieron el traslado de mercancías de propiedad de la primera desde Colombia con destino al Ecuador, donde ambos países son miembros del Pacto de la Comunidad Andina o Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena),

Situación en la cual no es posible evadir la aplicación de las normas de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, para aplicar a ese contrato las normas nacionales colombianas del Código de Comercio.

Razones por las cuales no se acogerá el argumento presentado en ese sentido por la aseguradora recurrente.

2º) Se fundamentó la decisión del A Quo, en las normas internas nacionales del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio de Colombia, para concluir que ante el hecho que las partes contractuales incumplieron lo establecido en los artículos 1, 18, 19, 75 de la referida Decisión 399, el contrato de transporte internacional celebrado por ellos deviene en inexistente y que por ende no hay derecho alguno a favor de Galletas Noel S.A. y a cargo de la sociedad transportadora que se hubiera podido transferir por subrogación a la aseguradora demandante, sin entrar a diferenciar y argumentar cuales de esos supuestos constituyen “solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación” y cuales “alguno de sus elementos esenciales”.

Debiendo indicarse que, en principio, en su argumentación la decisión de primera instancia, desconoce lo establecido en el artículo 83 <sup>{véase nota 2}</sup> de dicha decisión, que establece que la falta de la Carta de Porte Internacional por Carretera (CPIC) no afecta la existencia ni validez del contrato de transporte, lo cual es compatible con el hecho de ninguna de las normas de esa Decisión indica que ese documento sea el formalismo que “perfecciona” ese contrato, sino que expresa es que la CPIC es el documento que lo prueba. Por lo que por este aspecto no podía llegarse a la conclusión de que el contrato de transporte en estudio sea inexistente.

Si bien es cierto que las normas de los artículos 18 a 34 del capítulo IV de la Decisión 399 señalan las “condiciones para el transporte”, también es cierto que dicha Decisión no contiene, como para el caso de Carta de Porte Internacional por Carretera, una disposición que establezca las consecuencias jurídicas del posible incumplimiento de tal condicionamiento, es decir no señala que tales omisiones afecten la validez y eficacia del contrato de transporte.

(...)

4º) La excepción de fondo propuesta por la sociedad demandada, fue la de prescripción de la acción derivada del contrato de transporte, con base en lo establecido en el artículo 156<sup>3</sup> Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, que señala que tales acciones prescriben en el lapso de un año contado “a partir del día siguiente en que se produzca el evento o el incumplimiento que motive la interposición de la acción”

Y, teniendo en cuenta que en el caso presente al evento fue señalado como acaecido el 5 de marzo de 2002, tal prescripción extintiva se consolidó dado que la sociedad demandante no logró su interrupción ni con la petición de la celebración de la audiencia de conciliación efectuada el 19 de mayo de 2003, ni con la presentación de la presente demanda acontecida el 30 de enero de 2004, cuando ya había transcurrido un lapso mayor a ese año.”

**FUENTE NORMATIVA:** Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sentencia de marzo 19 de 2008, proceso 156-IP-2007, inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio.

**DEMANDANTE:** Compañía Suramericana de Seguros S.A.

**DEMANDADO:** Transportes Sánchez Polo S.A. Operadores Logísticos

**FECHA:** 12 de diciembre de 2012

**RADICACIÓN:** 08-001-31-03-013-2004-00029-1/ **36447**

**DECISIÓN:** Modifica decisión de primera instancia. Declara prescrito el contrato de transporte.

---

**ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**–Alcance cuando se invoca la causal 9º/**TESTIMONIOS**–Del acervo probatorio recaudado no se logró demostrar con eficacia las mayores cantidades de obras reclamadas/**PACTOS CONTRACTUALES**–Del documento anexo no se desprende otrosí que ampare las pretensiones del convocante

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA:** Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

---

<sup>2</sup> Artículo 83.- La falta de CPIC o su pérdida, así como cualquier error en la consignación de la información, no afectará la existencia ni validez del contrato de transporte, si la relación es probada por otros medios legalmente aceptados.

<sup>3</sup> Artículo 156.- Las acciones legales emanadas del contrato de transporte prescribirán en el plazo de un año calendario, contado a partir del día siguiente en que se produzca el evento o el incumplimiento que motive la interposición de la acción.

**Causa Fáctica.** En el presente caso, la empresa convocante solicitó en sede judicial que se declarara la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de unas mayores obras que se realizaron en virtud de un contrato de esta naturaleza, y se hiciera reconocimiento de éstas y se condenara a su pago.

**Extractos.** “En el laudo arbitral, el Tribunal decidió sobre las pretensiones y excepciones propuestas respecto a las cantidades y calidades de las obras originalmente pactadas y la correspondiente remuneración, empero omitió expresarse respecto del punto álgido a que se contraía el laudo: las mayores cantidades de obra ejecutadas y no canceladas, obras sobre las cuales el Tribunal se declaró incompetente en la parte motiva y que, no se encuentran comprendidas dentro de los términos iniciales del contrato, ni en virtud de alguna modificación a este.

Observa también esta Sala que la justificación que alegó ALUMAC para construir las cantidades adicionales de obra, fue que recibió órdenes verbales por parte de la representante legal y el presidente de la junta directiva de COUNTRY PLAZA, hecho que fue negado por las anteriores personas en sus declaraciones juradas.

No obstante lo limitado y restringido del ámbito de aplicación de las causales de anulación, la invocada “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento” permite luego de la verificación objetiva del laudo que se ajuste a las peticiones de las partes; para concluir si se presentó o no la omisión de decidir sobre algún extremo de la litis.

Ello no significa de principio la prosperidad integral del recurso, puesto que el juez del recurso deberá proceder a examinar las cuestiones de hecho y de derecho y a efectuar un análisis probatorio con el fin de establecer si la pretensión dejada de fallar deba resolverse afirmativa o negativamente (análisis sustantivo).

“Ahora bien, cuando se invoca la causal novena y esta resulta fundada, la adición consistirá en desarrollar las peticiones no resueltas por el tribunal tanto en su parte motiva como resolutive. Ahora bien, conforme al inciso 2 del Art. 40 del Decreto 2279/89, al prosperar el recurso extraordinario de anulación por la causal 9° invocada, no procede declarar la nulidad del laudo, pero la sala si deberá adicarlo entrando a analizar las circunstancias de hecho y de derecho en que el consorcio estribó su pretensión...”<sup>4</sup>

A continuación se estudian y analizan las declaraciones obrantes en el informativo.

i) En el interrogatorio de parte de la sociedad ALUMAC, representada por el señor RODOLFO ACOSTA DE LA TORRE, recepcionado en audiencia el día 26 de octubre de 2011, y visible a folios 297-313, el interrogado manifestó que “el Centro Comercial Country Plaza nos ha contratado para la elaboración de unas estructuras metálicas en su Centro Comercial en la ciudad de Barranquilla, fueron autorizadas por el señor José Antonio Leyva quien era el presidente de la junta, creo que ya no lo es en este momento, era la persona con la quien nos entendimos todo el tiempo, nos ordenó los trabajos, a su vez hay una representante legal que es la señora Carmen Sepúlveda que ella recibía órdenes directamente del señor José Antonio Leyva. Ellos nos han contratado a nosotros para elaborar las estructuras metálicas en este Centro Comercial y nosotros estamos reclamando el pago de un saldo del contrato más unos adicionales que nos solicitaron se les hicieran, eso es prácticamente todo lo que nosotros estamos reclamando aquí en este centro de Cámara de Comercio” (...)

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sección tercera, exp. 7809, sentencia de noviembre 11/93)

Preguntado sobre si nunca pensó en obtener un documento escrito así sea por correo electrónico que diera prueba de la autorización para sus obras adicionales, sobre todo teniendo en cuenta el valor de éstas, el interrogado respondió que “claro que sí, nosotros estamos actuando de buena fe con una gente también se suponía que estaban trabajando de buena fe, nosotros estábamos haciendo todas las obras en ese Centro Comercial y a nosotros nos dijeron: tranquilo, termine que ya va a llegar el 24 de diciembre que apenas terminemos medimos y los metros que estén de mas los cancelamos”.

Preguntado sobre quién dio la orden verbal o escrita para efectuar las obras adicionales, respondió: “nos la dieron, estábamos cuatro personas en ese momento mi hijo Rodolfo Miguel Junior, mi persona, el señor José Antonio Leyva, la señora Carmen Sepúlveda, esto fue un 7 de diciembre a las 5:00 de la tarde. Resulta que todos los inquilinos del Centro Comercial o algunos de los inquilinos no estaban conformes ya que a unos, unos se beneficiaban con la obra y otros no se beneficiaban con la obra, se les estaba presentando un problema a los administradores del Centro Comercial y en ese momento tomaron la decisión de hacer la ampliación o el remate final para que esto quedara todo el Centro Comercial cubierto con las estructuras metálicas. (...) Dicho por la señora Carmen Sepúlveda ella nos informó bueno no hay ningún problema, los metros de más se medirán, se sacarán las cuentas y se pagarán al mismo valor por metro cuadrado del cual fue contratado (...) También fueron otras obras adicionales, se hicieron vigas, se hicieron una cantidad de cosas adicionales que también fueron canceladas y no aparece otrosí en el contrato.”

Preguntado sobre de quién y de qué forma se le dio la orden de hacer obras adicionales respondió: “hay que terminar con las partes que no están contratadas, hay que agregarlo unos metros cuadrados a las estructuras metálicas, los metros cuadrados que se ejecuten de más serán cancelados, la orden la dio exactamente la señora Carmen Sepúlveda.”<sup>5</sup>

ii) Por otro lado, en el interrogatorio de parte de COUNTRY PLAZA CIUDADELA COMERCIAL, representada por la señora Carmen Sepúlveda, llevado a cabo en audiencia el día 26 de octubre de 2011, y visible a folios 276-296 al ser preguntada sobre si tenía conocimiento de las mayores cantidades de obras en metros cuadrados de estructura metálica que fueron ordenadas por el presidente en aquella época, el señor José Antonio Leyva, respondió la interrogada: “no se autorizó ninguna mayor cantidad de obras puesto que como reza en el contrato, dice que cualquier adición al contrato inicial tendría que hacerse por escrito y con la autorización de la junta directiva, en ningún momento verbalmente por ningún miembro de la junta del centro comercial Country Plaza, sea presidente, vicepresidente o cualquier cargo que tuviere.”

(...)  
“nosotros no hemos en ningún momento autorizado ningún tipo de obra adicional ni por escrito ni verbal. La representante legal del Centro Comercial no aprobó en ningún momento ni autorizó trabajos extras o adicionales a ese contrato ni verbalmente ni por escrito por lo tanto el abogado del centro comercial se negó a firmar ese documento que hicieron en el Centro Comercial, puesto que el contrato inicial fue por 2.830 metros y al hacer los levantamientos de las obras en físico dio, si no estoy mal y sin mirar documentos, 2.674 metros. Entonces, dentro de ese orden de ideas nosotros estamos dentro de lo contratado.”

Preguntada sobre el sentido de una reunión para intentar celebrar un acta de conciliación en las instalaciones del centro comercial, respondió: “por la insistencia de ALUMAC en la elaboración y como te explico, él todo el tiempo estuvo

---

<sup>5</sup> Folios 297-313.

insistiendo que se le pagaran unos adicionales, estos adicionales se generaron después de unas divergencias entre él y el señor José Antonio Leyva quienes tuvieron una diferencia a título personal pienso, y en ese momento comenzaron a llegar cuentas de cobro a la administración del Centro Comercial que nosotros desconocíamos el por qué de estas cuentas de cobro puesto que no hubo autorización de trabajos extraordinarios o adicionales.”

Preguntada sobre cómo tenía la certeza de que no fueron ordenadas cantidades adicionales de obra respondió: “estoy dando la respuesta ciñéndome al contrato suscrito con la compañía ALUMAC, todo el tiempo me he ceñido al contrato que suscribimos con ALUMAC. El mismo contrato dice que cualquier adicional, que cualquier trabajo adicional que se requiriere para la terminación de las obras tendría que ser autorizado por el Consejo de Administración del Centro Comercial, por eso tengo la autoridad de decir en este momento que el Centro Comercial no autorizó, no autorizó obras adicionales, porque no hubo una convocatoria para la Junta Administradora para pedir autorización para hacer los metros adicionales de que trata las cuentas de cobro del señor Fito Acosta.”<sup>6</sup>

iii) En el testimonio del señor RODOLFO ACOSTA BARROS, recepcionado en audiencia el día 17 de noviembre de 2011, al ser preguntado sobre si ALUMAC recibió orden expresa del Centro Comercial Country Plaza para realizar mayores cantidades de obra, y quién y cuándo dio la orden, el testigo respondió: “sí, nosotros sí ejecutamos obras adicionales al contrato, muchas fueron canceladas, otras fueron autorizadas con órdenes de compra, yo creo que eso responde a la pregunta y para extenderme un poquito con respecto a las obras adicionales, el problema que tuvimos a final de año era por, como te acababa de decir, la época difícil, habíamos cerrado oficinas y ellos tenían mucha presión con los inquilinos para poder terminarle las cubiertas que estaban causando problemas”.

(...)

“Bueno, yo tengo soporte de obras adicionales que fueron canceladas, obras adicionales al contrato, específicamente con las áreas adicionales en cubierta no tenemos ningún soporte fueron, fueron solicitudes hechas verbalmente y como teníamos plena confianza con José, pues en ese momento era pues amigo nuestro o allegado, simplemente queríamos satisfacer pues sus deseos terminarle las cubiertas porque tenía problemas con los inquilinos, pero específicamente con los metros cuadrados adicionales a las autorizaciones fueron verbales pero también hubieron otros adicionales que fueron cancelados y fueron también autorizados por órdenes de compra.”

Al preguntarle el Tribunal sobre quién dio tales ordenes, respondió: “como había dicho anteriormente, el señor José Antonio era el que daba las órdenes allá y pues siempre estuvimos mi papá, la señora Carmen que era la representante legal, José Leyva y mi persona; ellos, por cuestión de los problemas que tenían con los inquilinos, pues nos mandaron a terminar áreas, a techar áreas, técheme este pedazo aquí a la señora del Bingo, técheme este pedazo acá y nosotros íbamos, nosotros veníamos sobre la marcha cumpliéndoles pues sus deseos pero nunca hubo, no, no pues la cuestión de los metros cuadrados yo me acuerdo como te acaba de decir José Leyva dijo “Fito vamos a techar acá, si hay que, a lo último medimos y fijamos al mismo precio por metro cuadrado como está en el contrato”; si mal no recuerdo la cifra eran 101.000 pesos por metro cuadrado, al final cuando ya íbamos a terminar el trabajo, íbamos a medir y ellos nos iban a cancelar esos adicionales.”

---

<sup>6</sup> Folios 276-296.

Al ser interrogado sobre si la anterior orden fue dada en forma verbal por el señor José Antonio Leyva y/o la señora Carmen Sepúlveda, el testigo respondió: “ambos dieron la orden”.<sup>7</sup>

Del análisis conjunto de tales declaraciones y testimonio, se encuentra una total contradicción entre lo afirmado por las diferentes partes de esta controversia, siendo lo declarado por la señora CARMEN SEPÚLVEDA diametralmente opuesto a lo expuesto por RODOLFO ACOSTA DE LA TORRE Y RODOLFO ACOSTA BARROS, originando la imposibilidad de lograr claridad alguna, sobre si efectivamente se autorizaron y ordenaron, o no, cantidades adicionales de obras. Por lo anterior, esta Sala revisará lo pactado en el contrato suscrito por ambas partes, procediendo a su análisis.<sup>8</sup>

El procedimiento establecido por las partes para la variación de las condiciones del contrato era por escrito mediante otrosí, así aparece bien establecido en el texto del contrato. Del material probatorio recaudado en el proceso se evidencia que no existe un tal otrosí que aumentase la cantidad de obra a realizar y su respectiva remuneración.

Tampoco se encuentra en ninguna de las pruebas anexas que las partes hubiesen reformado el procedimiento para modificar los términos originales del contrato, de manera que una orden verbal no era la vía idónea para realizar dichas modificaciones. Así las cosas, ESTRUCTURAS METÁLICAS ALUMAC LTDA., actuó en contravía de lo estipulado en el contrato y para lo cual prestó su consentimiento, al desconocer su obligación de “...ceñirse a los valores, especificaciones técnicas de construcción, medidas y condiciones las cuales no podrán ser variadas bajo ningún pretexto, salvo que dichas modificaciones sean expresamente acordadas por las partes mediante la firma de otrosí, el cual se integrará a este documento desde su firma.”

Se desprende de lo anterior que las cantidades adicionales de obra realizada por ALUMAC no tienen su origen y justificación en el contrato de obra suscrito con COUNTRY PLAZA CIUDADELA COMERCIAL, ya que no hacen parte de los términos originales, ni de una futura modificación mediante otrosí, y en consecuencia no fueron producto de lo pactado por las partes. Quiere lo anterior decir que no puede entenderse que cualquier conflicto relativo a estas cantidades adicionales de obra sea una diferencia surgida del contrato de realización de obra en cuestión.

Concluye entonces esta Sala que, no obstante abrirse paso la causal 9° de anulación invocada, y permitir (como así se ha efectuado) la revisión de la decisión arbitral únicamente por errores in procedendo, donde podría modificarse o adicionarse el laudo únicamente en caso de no haberse decidido algunas de las cuestiones sometidas al arbitramento, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, sin que constituya una instancia más dentro del respectivo proceso arbitral<sup>9</sup>; al no tratarse de una diferencia surgida del contrato de realización de obra, cualquier controversia relativa a las cantidades adicionales de obra, impone una decisión negativa al respecto, como así se declarará por la Sala.”

**FUENTE NORMATIVA:** Inciso 2 del Art. 40 del Decreto 2279/89, Consejo de Estado, sección tercera, exp. 7809, sentencia de noviembre 11/93,

**DEMANDANTE:** Estructuras Metálicas Alumac

**DEMANDADO:** Country Plaza Ciudadela Comercial

**FECHA:** 22 de noviembre de 2012

<sup>7</sup> Folios 470-490.

<sup>8</sup> Folios 10-13

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de abril 23 de 2009. Exp. 35484.

**RADICACIÓN:** 08-001-22-13-000-2012-00321-00/ **36.813**

**DECISIÓN:** Declara fundada la causal 9º de anulación. Adiciona parte resolutive laudo arbitral.

---

**NULIDAD PROCESAL**–Improcedencia en caso de autos/**TOMA DE POSESIÓN**–Alcance económico de esta medida administrativa/**RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**–Inembargabilidad/Excepciones /Pronunciamiento Altas Cortes/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**–Decisiones de la Sala Civil de esta Corporación sobre la materia

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

**Causa Fáctica.** En el presente caso, el apoderado de la demandada presenta incidente de nulidad contra una decisión que revocó el levantamiento de medidas cautelares sobre una entidad que actualmente se encuentra sometida a un proceso de intervención administrativa en modalidad de toma de posesión. La providencia citada hace un recuento de la normativa y jurisprudencia al respecto.

**Extractos.** \*En el presente caso basta leer el memorial de nulidad para constatar que lo solicitado es la nulidad de un auto y sus fundamentos no lo constituye quebranto del debido proceso, sino, un ataque a la argumentación jurídica del auto atacado, es decir, utiliza el instituto de nulidad a manera de recurso de reposición, siendo que al pronunciarse respecto de las medidas cautelares, podría intentar el de súplica, (numeral 7 del artículo 351 del C de P.C.), pero nunca mediante nulidad.

Lo que resulta palmario después de estudiar el caso que nos ocupa, es que el profesional del derecho equivocó el mecanismo procesal brindado por el sistema jurídico para atacar las decisiones judiciales, siendo improcedente en tales casos acudir a la solicitud de nulidad, como lo ha pretendido el peticionario. Y si ello es así, sería suficiente argumento para desestimar la invalidez alegada.

En palabras de la doctrina, se expresa el punto en los siguientes términos:

*“Para asegurar la validez de la tramitación judicial están estipulados las causales de nulidad con el objeto de que las actuaciones judiciales no se incurra en las irregularidades en ellas previstas; para evitar la injusticia se cuenta con el instrumento de los recursos”<sup>10</sup>*

(...)

La resolución de toma de posesión de la demandada para administrar, dictada por la Superintendente, en el artículo segundo literales d y e impone la suspensión de los procesos ejecutivos iniciados con anterioridad a la medida de toma y el levantamiento de las cautelas que contra ella se han dictado y que **“afecten bienes de la administrada”** y por

---

<sup>10</sup>Hernán Fabio López Blanco Tomo I Procedimiento Civil Pág. 920

**obligaciones anteriores a dicha intervención.** Lo anterior es tenor literal de la resolución, específicamente traída al proceso y visible a folio 174 parte trasera.

Luego, si las medidas cautelares a levantar son las que recaen sobre bienes propios, de Perogrullo, ha de concluirse, por la literalidad de la ley y de la propia resolución, que las que recaigan sobre dineros y bienes no propios de la intervenida deben mantenerse, lo que impone, en consecuencia, que siendo ellas accesorias a los procesos, tienen que mantenerse vigentes; de idéntica forma, los procesos y medidas decretadas dentro de los procesos donde se cobran deudas creadas con posterior a dicha intervención, como lo entendió y decidió la Sala de la Dra. Saltarín, que se transcribió en el auto atacado.

Y ello tiene su razón de ser:

A)- Las tomas de posesión administrativa o para liquidación son medidas excepcionales y especiales, encaminadas a sanear las irregularidades administrativas en que pueden encontrarse las entidades prestadoras de salud o las financieras, por lo tanto, esas normas y medidas deben interpretarse en sentido restringido y sin admitir argumentos extensivos ni analógicos, de lo contrario se desconocerían situaciones económicas y jurídicas no incluidas en la medida.

B)- Darle una interpretación laxa y no restringida a las medidas sancionatorias como lo son las tomas para administrar y liquidar, conduciría a desconocer derechos a acreedores que han iniciado procesos antes de las medidas y que recaen sobre bienes administrados por la entidades intervenidas, constituyéndose ellas en mecanismos no legales y no deseados por el legislador para desconocer derechos legítimos, como el poder ejecutar la obligaciones incumplidas.

C)- Considerar que la toma para administrar o liquidar una entidad tiene carácter absoluto y nominal, como lo pretende el peticionario de la nulidad, es interpretar de manera errónea el sentido de la misma; ya que el objeto de la medida es intervenir en aspectos meramente administrativos de la entidad, sin que esto signifique una terminación generalizada de las obligaciones contraídas por la entidad, es decir, de ser acogida la interpretación del recurrente se podría entender que la toma administrativa o liquidar una entidad es una forma de terminación de las obligaciones contraídas por la entidad.

D)- Existe precedente de la Sala donde se precisa el ámbito económico y jurídico de las resoluciones de toma, especialmente para administrar, que en este caso se aplica en su real dimensión concreta.

Por ello, el ámbito jurídico y económico de las resoluciones de toma o intervención traída al proceso, no es una patente de suspensión de proceso y levantamiento de medidas cautelares, sino, que trae consigo de manera expresa en dos circunstancias, que pone de presente la Doctora Saltarín: Obligaciones anteriores a la toma y que las medidas cautelares decretadas en el proceso recaigan en bienes propios de la intervenida. Solo una interpretación restrictiva garantiza la justeza sistemática de tales medidas, en la cual, no se restrinja su ámbito, pero tampoco se exceda en sus efectos en deterioro del régimen general de las obligaciones y del patrimonio de terceros.

Y ello no configura nulidad, porque es una interpretación taxativa de la resolución, armonizada con el sistema jurídico, y que de no compartirse debía atacarse por recurso y no por nulidad, como ha quedado claramente establecido.

Y es evidente que los dineros materia de medidas cautelares en el caso concreto no son de propiedad de la intervenida, sino, del Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo ha certificado las entidades financieras. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han expresado, que dichos dineros no son de las E.P.S; ellas los tienen en calidad de administradores, y destinarlas a cubrir la prestación en Salud.

Los dineros del Sistema de Salud por ley son de carácter inembargable por regla general, lo cual, no esta en discusión y así expresamente se reconoce en la providencia que se ataca. Eso es pacifico.

Pero, tal inembargabilidad no es absoluta y tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se han expresado en repetidas y abundantes pronunciamiento.

(...)

Un estudio de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto de la inembargabilidad de los dineros provenientes de las participaciones, sea para educación o salud, se resume de la siguiente manera:

*“Esta Corporación ha sostenido que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos **no puede ser considerado absoluto**, pues la aplicación del mismo debe entenderse de acuerdo a los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional. De allí que la embargabilidad de las rentas y recursos presupuestales provenientes de las participaciones, procede cuando se trate de obligaciones contraídas por las entidades territoriales en materia laboral, o cuando se trate del pago de sentencias y **demás obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles** a cargo de las entidades públicas, siguiendo los parámetros de lo regulado en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

*Sin embargo, la excepción a la regla general de inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, sólo es procedente frente a obligaciones **que tengan como fuente las actividades propias de la destinación de los recursos, según lo establecido en los artículos 15, 47 y 78 de la Ley 715 de 2001, esto es, educación<sup>11</sup>, salud y propósito general<sup>12</sup>**. De esta manera, el pago de obligaciones que provengan de otros servicios, sectores o actividades a cargo de las entidades territoriales, no puede efectuarse con cargo indiscriminadamente a los recursos de alguno de estos sectores, sino al que pertenece la actividad para la cual se destinaron dichos recursos, pues lo contrario significaría la afectación indebida de la configuración constitucional del derecho a las participaciones establecido en el artículo 287 numeral 4° de la Constitución, regulado por los artículos 356 y 357 *ibidem* que privilegian la garantía de tales servicios a favor de la comunidad.”*

Como puede apreciarse, el alcance absoluto que pretende darle el peticionario a la restricción de los dineros proveniente de la participación en salud y educación, no armoniza con la línea jurisprudencial que las altas Cortes manejan sobre el punto, insistiendo, que aun compartiéramos el razonamiento del inconforme, no se generaría causal alguna de nulidad.

(...)

Este despacho en varias oportunidades se ha pronunciado al respecto. La Sala Civil en general ha asumido esta pacífica y garantista línea de la Corte Constitucional.

Así tenemos, que la Sala cuyo ponente es la doctora Romero Silva, en auto de fecha 12 de junio de 2012, expresó:

*“...es claro que los recursos del Sistema General de Participaciones, por su destinación social constitucional, son inembargables, sin embargo no se puede perder de vista que esta regla general, tiene una excepción frente a las obligaciones cuya fuente sean actividades propias de la destinación de los recursos, según lo establecido en los artículos 15, 47, 7, 78 de la Ley 715 de 2001; atendiendo, por su puesto, las consideraciones de la sentencia C-566 de 2003 de la Corte Constitucional, en el sentido de que los dineros provenientes de la participación del presupuesto destinado a salud, pueden ser embargables, siempre y cuando las obligaciones a que se contrae la ejecución, provengan de contratos realizados para la satisfacción de la política pública a que están destinados esas transferencias, en este caso salud y por lo mismo, pueden ser utilizados para cancelar la obligación aquí exigida, dado que ésta, se originó por la prestación de tales servicios”.-<sup>11</sup>*

A su vez, la Sala Segunda Civil Familia, en auto de fecha 3 de julio de 2012, sobre el punto, expresó luego de hacer un recuento de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que:

*“Del anterior, precedente judicial, se desprende que la norma general es la inembargabilidad de los dineros provenientes del Sistema General de Participaciones, y de manera excepcional se pueden embargar dichos dineros, cuando se trate de créditos por actividades propias ya sea del sector de la salud o del sector educación”.<sup>12</sup>*

La conclusión a la que llega el despacho después de tomar en consideración todo lo que se ha expuesto con anterioridad es que: primero, no encuentra que el tema constituya materia de nulidad; segundo, aun así, la causal alegada, para el caso presente y con apoyo en lo expresado, no configura la causal alegada, porque no se desconoce la validez jurídica de la resolución de intervención, sino su inaplicación al caso concreto; tercero, que los fundamentos de la inconformidad, en cualquier caso, carecen de asidero jurídico.”

**FUENTE NORMATIVA:** numeral 7 del artículo 351 del C de P.C, Auto de fecha 12 de junio de 2012 Caso Clínica Vida I.P.S Limitada Vs Salud Vida E.P.S.–MP María Romero Silva, Auto de fecha 3 de julio de 2012 Caso Sociedad Bolívar Ltda contra Departamento del Atlántico–Secretaría de Salud Departamental y acumulada Organización Clínica General del Norte S.A MP: Carmiña González Ortiz, Corte Constitucional: C–539 de 2010 y C–566 de 2003.

**FECHA:** Diciembre 7 de 2012

**DEMANDANTE:** Clínica Reina Catalina & Cía. Ltda.

**DEMANDADO:** Solsalud E.P.S.

**RADICACIÓN:** 08001–31–03–012–2011–00098–01/**36.932**

**DECISIÓN:** No decreta nulidad. Condena en costas.

<sup>11</sup>Auto de fecha 12 de junio de 2012 Caso Clínica Vida I.P.S Limitada Vs Salud Vida E.P.S.–MP: María Romero Silva

<sup>12</sup>Auto de fecha 3 de julio de 2012 Caso Sociedad Bolívar Ltda contra Departamento del Atlántico–Secretaría de Salud Departamental y acumulada Organización Clínica General del Norte S.A MP: Carmiña González Ortiz.–

## 2. SALA LABORAL

**PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DEL ACUERDO 049 DE 1990**–Cotizaciones efectuadas/**PRINCIPIO DE BUENA FE**–Aplicación Jurisprudencial/ **COLPENSIONES**–Entidad encargada de administrar las pensiones que manejaba el ISS

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

**Causa fáctica.** En el presente caso, la parte actora solicita ante el ISS el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y consecuente retroactivo pensional, con base en las normas del Acuerdo 049 de 1990 y su decreto reglamentario 758 del mismo año, el cual es negado por la entidad por considerar que le faltan cotizaciones que la respalden.

**Extractos.** “El problema jurídico viene determinado en el siguiente interrogante:

¿Es dable pregonar que existe una falta de afiliación al Sistema de Pensiones cuando el trabajador ha efectuado un número considerable de aportes, sin que la entidad de Seguridad Social haya procedido a la devolución de las cotizaciones con base en las causales establecidas en la ley?

### 1. TESIS DE LA SALA:

Al anterior interrogante, la Sala responderá que en éste caso no se puede pregonar una falta de afiliación al Sistema de Pensiones toda vez que el asegurado desde el año 1969 viene efectuando aportes para el riesgo de invalidez, vejez y muerte en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

(...)

Los argumentos que sustentan la tesis de la Sala se basan en que desconocer las cotizaciones efectuadas por el actor durante toda su vida laboral so pretexto de “no estar afiliado al Sistema”, vulneran su derecho constitucional de la buena fe en su dimensión de confianza legítima, máxime cuando no se desvirtuó que haya prestados sus servicios a los empleadores con los cuales aportó, ni que su afiliación sea fraudulenta, o que se encuentre excluido del Seguro Social obligatorio en los casos previstos en el artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y su posterior modificación introducida por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003.

Sobre el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, la Corte Constitucional en la sentencia T-566 de 2009, expresó:

*“(…) Específicamente, **el principio de respeto por el acto propio conlleva el deber para la administración de actuar, en sus relaciones jurídicas con los particulares, de manera consecuente con sus conductas precedentes, de tal forma que no sorprenda a los administrados con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas.***

(.....)

*La Sala debe precisar, que la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior.*

(...). <Subraya y negrilla fuera de texto>

Con base en lo anterior, advierte la Sala que en este preciso caso resulta cuestionable lo argüido por el apelante y carente de todo fundamento lógico, debido a que al demandante le registran cotizaciones efectuadas por más de 20 años dentro de los periodos comprendidos desde el 3 de febrero de 1969, hasta el 31 de octubre de 2006, interregno en el cual efectuó los aportes correspondiente para el posterior reconocimiento de la prestación económica, sin que el I.S.S. se haya opuesto a los pagos recibidos mediante el sistema tradicional y por el sistema de autoliquidación mensual de aportes, bien por sus empleadores o como persona independiente, ni que haya efectuado la anulación de aportes en el evento de una afiliación fraudulenta.

Por el contrario, se advierte que el I.S.S. en la Resolución No.001859 de 27 de febrero de 2007, para negar la pensión de vejez no tuvo como argumento la falta de afiliación que se alega, sino que no contaba con el número mínimo de semanas requeridas, pues *“según el certificado de semanas y categorías el asegurado ha cotizado un total de 990 semanas(...)”*.

Así mismo, el I.S.S. en dicho acto administrativo, reconoce que al asegurado se le asignó como número de afiliación el **903755335** y **170026966** de la seccional Atlántico y que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, siéndole aplicable el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

También sirve de soporte que en el expediente se encuentra acreditado que el actor reporta afiliación y cotización al Sistema de Pensiones desde el 3 de febrero de 1969 hasta el 31 de Octubre de 2006, con lo cual logró acumular un total de **1.010,71** semanas, con los empleadores INVERMAR LTDA., EL HERALDO LTDA., ORGANIZACIÓN HOTELERA IPARU, y de forma independiente desde el 1º de enero de 2001.

## **2. CONCLUSIÓN:**

En conclusión, como se constata que efectivamente el señor Rafael Enrique Castellón Patiño estuvo afiliado al Sistema de Pensiones y que logró cotizar en toda su historia laboral un total de **1.010,71** semanas desde el 3 de febrero de 1.969 hasta el 31 de Octubre de 2006, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez reclamada de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1.990 aprobada por el Decreto 758 de 1.990, asistiéndole razón al A-quo lo que amerita la confirmación de la sentencia apelada.

No obstante lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que en virtud del reciente **Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012**, la entidad demandada ISS fue suprimida y entró en proceso de liquidación, la que desde su creación y organización tenía atribuido el reconocimiento y pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; así mismo, que por el **Decreto 2011** de la misma fecha se determinó la entrada en operaciones de la **Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-**, entidad que de acuerdo al Numeral 2º del artículo 3º deberá *“Pagar la nómina de pensionados que tenía a cargo el Instituto de Seguros Sociales - ISS como administrados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”*, y por expreso mandato del inciso 4º del artículo 35 del primero *“Las sentencias que afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte, o relacionadas con la función de administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida será cumplidas por COLPENSIONES”*, por lo que será del caso entonces modificar la sentencia de primera instancia para precisar que las condenas impuestas en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- **HOY EN LIQUIDACIÓN** serán cumplidas por la Administradora Colombiana

de Pensiones – Colpensiones, entidad a la cual se le ha notificado la existencia de éste proceso como consta a folios 45 a 49 y 51 del expediente.”

**FUENTE NORMATIVA:** Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 748 de 1.990 (artículos 2º, 12), Ley 100 de 1.993 (artículos 17), Ley 797 de 2003 (artículo 4º), Sentencia T-566 de 2009, de la Corte Constitucional

**FECHA:** Noviembre 14 de 2012

**DEMANDANTE:** Rafael Enrique Castellón Patiño

**DEMANDADO:** Seguros Sociales

**RADICACIÓN:** 08-001-31-05-012-2012-00004-01/ 47.786-A

**DECISIÓN:** Modifica numerales 1 a 3 sentencia de primera instancia. Condena a cargo de Colpensiones.

-----

**CONTRATO DE TRABAJO**–Hecho admitido por las partes/**VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO**–  
Requisitos/**PRINCIPIO DE A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL**–Interpretación de la jurisprudencia laboral/

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. MARÍA OLGA HENAO DELGADO**

**Causa fáctica:** En el presente caso, la parte actora solicita que se reconozca igual tratamiento salarial que sus compañeros de trabajo, con quienes se siente discriminado al manifestar que realiza las mismas funciones, con idéntica idoneidad y responsabilidad, y sin embargo, su asignación salarial es inferior a sus pares.

**Extractos:** “No es objeto de discusión en la presente litis el contrato de trabajo suscrito entre las partes, que el demandante laboró desde el 18 de noviembre de 1997 al 31 de marzo de 2005, tal como lo asevera el actor en el libelo demandatorio, hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda en el los numeral 2º fl 70 a 76. Entra la Sala a dilucidar las inconformidades del apoderado de la demandante en cuanto aduce que el juez debió considerar lo manifestado por los testigos en cuanto a las funciones desarrolladas por el demandante y el señor José Dolores Rúa, en lo relacionado a la identidad en las tareas desempeñadas, la jornada laboral y las condiciones de eficiencia que le permitía recibir igual remuneración con respecto al trabajador referenciado.

En reiterados pronunciamientos la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que la nivelación salarial prospera en atención que se demuestre que ante las mismas funciones y con trabajos equivalentes la retribución económica por concepto de salario es distinta, tal como quedó plasmado en la sentencia Rad No.35593 del 03-06-09 Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López

“ Mientras que en esta litis, lo planteado corresponde a la nivelación de quien teniendo **un cargo y que recibe la remuneración asignada al mismo**, aspira se le reconozca el salario **de otro cargo de superior categoría**, pero por la realización de **funciones iguales** a las fijadas para el último cargo, sin basarse en un escalafón o escala salarial, sino en un **manual de funciones** cuya aplicación busca determinar que la demandante pese a ostentar el cargo de **“técnico de servicios asistenciales”**, desarrollaba las funciones propias de un **profesional en “fonoaudiología”**, lo cual planteado de esta manera requiere como lo señalaron los jueces de instancia, de un factor de <comparación> que conlleve a una discriminación no justificada, a la luz del principio de a trabajo igual salario igual, con la consecuente violación del **artículo 5º de la Ley 6ª de 1945**, que dice “La diferencia de salarios para

trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales” (...).(subraya la Sala

Además, lo inferido por el ad quem, en relación al texto de la norma anterior, en el sentido de que “El propósito del artículo antes transcrito, es procurar que el trabajo realizado en igualdad de condiciones, sea retribuido en la misma forma, evitando que por consideraciones diversas a las del trabajo, tales como la edad, el sexo, la nacionalidad, la raza, la religión o las actividades políticas y sindicales, se dé un tratamiento discriminatorio entre trabajadores que cumplen una misma labor, pues la diferencia de salarios –según esta norma–, solo puede <...fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra>”, se aviene a su cabal y genuino sentido y alcance.

Bajo estas circunstancias, fuera de que es razonado jurídicamente lo esbozado por el fallador de alzada, se tiene que lo decidido se ajusta a la normatividad legal aplicable en materia de igualdad salarial, sin que vaya en contravía a lo adocinado en el pronunciamiento jurisprudencial en comento; máxime que como lo sostiene la réplica, en momento alguno aparece demostrado que a la actora se le hubiera designado en el cargo de Profesional Asistencial de Apoyo III, que le otorgue el derecho a una mayor remuneración, sin interesar que exista o no algún trato desigual con los demás trabajadores.

Adicionalmente, cabe agregar, que en virtud de que tal como quedó sentado al resolverse el tercer cargo, la censura no logró desvirtuar probatoriamente la conclusión del Tribunal, sobre la ausencia del factor de comparación con otro trabajador que para el caso resultaba pertinente; se concluye entonces, que en la forma como están presentados los hechos, para una situación como la que ocupa la atención a la Sala, la aplicación e interpretación de las normas denunciadas se erige como acertada.

Colofón a lo dicho, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos enrostrados y por consiguiente los cargos no prosperan.”

Precedente Jurisprudencial que acoge la Sala para decidir el presunto asunto. Procede a realizar la valoración de las pruebas allegadas al proceso que sirven de soporte a las pretensiones de las partes en lo relativo a las funciones, en el plenario rindió declaración el señor Carlos Paba Paba ( folios 108 a 111) quien manifestó :

“PREGUNTADO “ Diga el testigo al despacho si conoce al demandante JOSE GONZALEZ y en caso afirmativo de donde lo conoce :-CONTESTÓ : Si lo conozco desde Motores S.A cuando entre a trabajar a Motores S.A y después pasé a STEWAR & STEVENSON con el, José González como Técnico A de Motores y José Paba como Técnico B.PREGUNTADO explique el testigo a este despacho como eran las clasificaciones de los técnicos en STEWAR & STEVENSON y en que categoría se encontraba el señor José González .CONTESTÓ : Los técnicos se clasificaban según el tiempo , estaban clasificados como B, C Y A el señor José González estaba en la categoría Técnico A.PREGUNTADO : Diga el testigo a este despacho cuales eran las funciones a su cargo del demandante José González dentro de la misma empresa STEWAR & STEVENSON CONTESTÓ : El señor era un técnico A o experto en reparación de motores de las series 353,471,692,6 y 92,149 y a la vez en reparación de compresores de aire plantas eléctricas de compresores también realizaba cursos al

personal de STEWAR & STEVENSON y de otras empresas que venían a hacer cursos como son de la mina y Sociedad Portuaria de Cartagena, La Armada Nacional y también era técnico que sabía mucho el inglés técnico. PREGUNTADO: Diga el testigo si conoce cual era el salario devengado por el demandante señor José González CONTESTO: No sabía pero siempre había una discordia entre los técnicos, con un señor Gutiérrez que al parecer ganaba más que todos los técnicos.”

De la testimonial recepcionada se infiere que el conocimiento de los hechos, lo tiene el declarante por haber laborado con el señor José Ángel González Castillo, por un periodo de un año ocho meses tal como lo afirma en su declaración. La Sala al apreciar dicho testimonio concluye que si bien el demandante argumenta que “desde el momento en que fue contratado y en comparación con el señor JOSE DOLORES GUTIERREZ RUA el cual ostenta el mismo cargo, teniendo inclusive la misma antigüedad tenían diferencia de salarios con una diferencia considerable de \$137.000, diferencia que fue incrementándose tanto que al momento del despido indirecto la diferencia de salario era de ciento setenta y dos mil doscientos setenta y dos pesos m/cte (\$172.270) perjudicando considerablemente a mi poderdante ...” por lo que se deduce que efectivamente el referente para solicitar la nivelación salarial sea el señor José Dolores Gutiérrez, sin embargo, es necesario resaltar que el testigo en sus respuestas a los interrogantes de los apoderados de las partes nada dijo sobre el señor José Dolores Rúa no se refirió ni a la clasificación entre técnico A,B y C ni al salario devengado por este último, a las funciones desarrolladas dentro de la empresa, supuesto que le permitieran al Juzgador establecer en modo alguno, al equipararlos, si existía identidad en las funciones y en el salario devengado y con ello establecer si se accedía a reconocer la prestación deprecada por existir la afirmada discriminación.

En cuanto a la recepción de la testimonial del señor Juan Bautista Herrera fls 116 a 117 este manifestó:

PREGUNTADO: Diga el testigo cuales eran las funciones del señor José González en la empresa Stewar Stevenson. CONTESTO: EL SEÑOR José González por ser uno de los mecánicos más experimentados o completos era el que dirigía el personal del taller PREGUNTADO: Diga el testigo si conoce cual era el salario devengado por el señor José González. CONTESTO No, no lo conozco pero si sé que el ganaba más salario que yo”. De igual forma, que el anterior testigo no hizo referencia al señor José Dolores Rúa con quien se quiere comparar con el actor, no dio cuenta del salario ni de funciones desarrolladas en el ejercicio de sus cargos.

Se recibió la declaración del señor JHON CARLOS RIVERA visible a folios 118 a 121 quien se desempeñó como Gerente de la demandada ingresó a laborar y fue jefe de los señores JOSE GUTIERREZ Y JHON GONZALEZ manifestó:

PREGUNTADO: Diga el testigo si existe diferencia en la formación y conocimientos técnicos entre el señor JOSÉ GUTIERREZ y el señor JOSE GONZALEZ en la época que fueron vinculados laboralmente a la compañía STEWAR & STEVENSON CONTESTO: sí JOSÉ GUTIERREZ RUA en esa época siempre fue considerado como uno de los técnicos de mayor experiencia en la Compañía no solamente en Barranquilla, sino a nivel nacional, testimonial que como en las referidas anteriormente nada dijo con respecto de las funciones desarrolladas por el demandante ni al salario devengado por este último. Afirma que ingresó en 1997 es mecánico categoría A y para la fecha en que declaró se desempeñaba como Jefe de Taller, desconoció los formatos obrantes a fls 20 a 29 (fl 120). Ante los interrogantes formulados manifestó PREGUNTADO ¿Sirvase decir al despacho en que modalidades de : técnico mecánico, técnico electricista, técnico electromecánico, manejo de inglés técnico se encontraba los señores JOSE GONZALEZ y JOSE GUTIERREZ cuando estuvieron como subalternos suyos. CONTESTO: para mi es complicado en este momento precisar

exactamente en que nivel de las modalidades se encontraban cada uno, pues es bien yo era el gerente, era otro su jefe inmediato sin embargo pudo decir que en algunas modalidades JOSE GONZALEZ es más aventajado que JOSE GUTIERREZ por ejemplo en el inglés técnico JOSE GUTIERREZ es más aventajado que JOSE GONZALEZ por ejemplo diagnósticos mecánicos, liderazgo y experiencia en manejo de grupo.

Declaración del señor JORGE ENRIQUE JARAMILLO MALAVER fls 122 a 124 en la que señaló:

“PREGUNTADO Sírvase decir de acuerdo a su conocimiento como ingeniero al servicio de la compañía demandada , y en particular de la persona señor JOSE GUTIERREZ que calidades y cualidades desde el punto de vista técnico CONTESTO : El técnico JOSE GUTIERREZ es un técnico A y por su alto conocimiento experiencia y calidad de trabajo se desempeña como jefe de taller en la actualidad dando soporte en las diferentes actividades en la compañía como reparación de motores, coordinación de personal, manejo de información y capacitación de personal a su cargo”.....“Sírvase decir si Usted conoció con el sistema de vinculación laboral del señor JOSE GONZALEZ a la compañía demandada CONTESTO : no lo conozco .,PREGUNTADO : Sírvase decir el despacho si la condición de jefe de taller del señor JOSE GUTIERREZ constituye una diferencia salarial con respecto a los demás técnicos que trabajan actualmente en la compañía CONTESTO : sí esta condición genera una diferencia salarial ya que como jefe de taller es la persona encargada de todos los trabajos que se realizan en el taller y la condición de jefe se le da por su experiencia y conocimiento sobre los demás técnicos.... PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho desde que fecha el señor JOSE GUTIERREZ es jefe de taller de la empresa demandada CONTESTO: desde que ingresé a la compañía por conocimiento y averiguaciones siempre ha sido líder el señor JOSE GUTIERREZ en el departamento de servicio. De dicha declaración se infiere que si bien reconoce el testigo que el salario devengado por el señor José Gutiérrez con respecto a los “otros técnicos “es superior, el argumento de la empresa para ese reconocimiento obedece a la calidad de jefe de taller que se le otorga por su experiencia, conocimiento y responsabilidad en los trabajos que se realizan en el taller. Sin embargo en la presente declaración el testigo de manera general sin referirse a ningún técnico en específico equipara la labor desempeñada por el jefe de taller y su remuneración superior por sus calidades, experiencia, afirma que el señor Gutiérrez tiene conocimiento en electricidad y ha recibido entrenamiento en los nuevos motores que funcionan y operan por medio de sistema .

Declaración del señor JAIME GARCIA GARCIA fls 143 a144 en la que señaló:

“PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho si la condición de JEFE DE TALLER del señor JOSE GUTIERREZ a partir del 2007 constituyó una diferencia salarial con respecto de los demás técnicos de su misma categoría es decir, Categoría A”CONTESTÓ: El a partir del 2007, su posición fue jefe de taller no técnico A. ante su situación salarial si existe diferencia salarial que está basada en la productividad.”

De igual forma en su respuesta el testigo no señala el referente con quien se compara al manifestar “de los demás técnicos”, de manera muy generalizada en sus respuestas, sin poder establecer que realmente exista diferencia en las remuneración por tratarse como lo señala el demandante de los mismos cargos pero de remuneraciones diferentes. Además afirma que conoció al actor como técnico al servicio de la demandada y sabe que el señor Gutiérrez por el nombre, trabajaba en la empresa , pero desconocía exactamente su posición

Los testimonios rendidos en el plenario no le otorgan al Juzgador la certeza de los supuestos facticos sobre los cuales funda sus pretensiones el actor en atención a que de manera coincidente se refieren de manera clara y responsiva el conocimiento que tienen de los hechos sin advertirse en dichas declaraciones elementos de juicio que permitan establecer que en cargos de igual denominación, halla identidad de funciones, pero con diferente remuneración. Argumenta el recurrente que no se valoró la testimonial del señor Carlos Paba Paba en lo referente a que si todas funciones las cumplían los técnicos A, ante lo cual el testigo manifestó que solamente él hacia eso, en dicha afirmación el testigo señala que los técnicos A no tenían las mismas funciones y por ende ha de presumirse que dada la naturaleza de las mismas, su retribución o salario por ende variaba.

El recurrente manifiesta en el recurso de apelación que la Juez a-quo tuvo en cuenta la calidad de jefe de taller del señor José Dolores Rúa, conforme el acuerdo modificatorio del contrato de trabajo, sin tener en cuenta, que el cargo de Jefe de Taller fue asumido por este trabajador en el año 2008, la Sala al revisar la documental aludida fl 5 del cuaderno No 2 de anexos concluye que efectivamente el acuerdo modificatorio al contrato de trabajo fue suscrito el 1° de septiembre de 2008, fecha posterior a la desvinculación del demandante por ende no constituía punto de referencia con respecto al actor, no obstante lo anterior, como se señaló en líneas precedentes con las declaraciones allegadas al proceso no se llega a una conclusión diferente de la asumida por el juez de conocimiento, como dejó reseñado en líneas precedentes. Por lo que la Sala concluye que no es dable acceder a la pretendida nivelación salarial.”

**FUENTE NORMATIVA:** artículo 66 A del CPT y de la S.S., Artículo 177 del C. P. C., Corte Suprema de Justicia Rad No.35593 del 03-06-09 Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López,

**FECHA:** Diciembre 14 de 2012

**DEMANDANTE:** José Ángel González Castillo

**DEMANDADO:** Stewart y Stevenson de las Américas-Colombia Ltda

**RADICACIÓN:** 08-001-31-05-008-2012-00064-01 (48.170-A)

**DECISIÓN:** Confirma la sentencia apelada

-----  
**SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Finalidad/COMPAÑERA PERMANENTE-Derechos que le asisten/SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE-Consecuencias jurídicas/INCURIA O NEGLIGENCIA DEL ISS-No puede recaer sobre quien acude oportunamente al trámite administrativo**

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO**

**Causa fáctica.** En el caso sub judice el problema jurídico gravita en determinar si la demandante tiene derecho a la sustitución pensional en un 50% como beneficiaria del finado, e igualmente, lo correspondiente a la fecha de su reconocimiento.

**Extractos:** “Resulta cierto e indiscutible, además viene aceptado por la demandada y acreditado en el plenario, la calidad de pensionado del fallecido Reinaldo Morales de la Cruz<sup>13</sup>, y la fecha de su deceso - 23 de marzo de 2009<sup>14</sup>-.

<sup>13</sup> Fl. 10, Res. N° 001657 del 30 de julio de 2002

<sup>14</sup> fl. 8, Registro civil de Defunción

Así mismo, que según Res. N° 8610 del 27 de mayo de 2010<sup>15</sup>, la cual resuelve una solicitud prestaciones económicas, le fue negada la sustitución pensional a la actora por cuanto no acreditó ante la entidad aseguradora la calidad de compañera permanente como beneficiaria del causante de la pensión. Además, en ella se consigna que el 14 de abril de 2009 se presentó a reclamar, en condición de compañera permanente, la sustitución pensional la señora, Rosaura de la Hoz Gutiérrez, y que "...agotado el trámite reglamentario y verificado el cumplimiento de los presupuestos legales previstos en el literal (a) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y lo establecido en el curso de la investigación administrativa que adelantó el ISS Seccional Atlántico, mediante resolución N° 017258 de 2009, le concedió sustitución pensional a la señora ROSAURA DE LA HOZ GUTIERREZ CC. 32.607.849, en condición de compañera permanente y a la menor YARLEIDYS MORALES DE LA HOZ TI.97051213533 en condición de hija menor del pensionado fallecido.”.

Ahora, no es punto de la litis pues no fue materia de inconformidad al sustentarse la apelación, por el contrario fue avalado por el apoderado de la demandada, la calidad de compañera permanente de la demandante, FARIDES ISABEL GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, y por ende beneficiaria del derecho pensional, así lo tuvo la inferiora cuando analizó el material probatorio recaudado en el trámite procesal al considerar que acreditó a plenitud la convivencia y dependencia económica del pensionado fallecido, muy a pesar que la demandada administrativamente hubiese concedido la sustitución a quien fuera integrada a la litis –anterior compañera del causante–, concluyendo que entre ésta última y el pensionado fallecido no había existido vínculo alguno durante los 5 años anteriores a su deceso.

Se duele el recurrente en su apelación del porcentaje reconocido a la actora –50%– en su condición de compañera permanente, por cuanto alega que ha persistido un error, desde el mismo acto administrativo del ISS N° 8610 de 2010 que reconoció la sustitución pensional a De la Hoz Gutiérrez –litis consorte necesario–, respecto a la calidad de ésta última como beneficiaria de la prestación, es decir, sostiene que de acuerdo a las investigaciones administrativas adelantadas y pruebas testimoniales recaudadas, existe un vínculo matrimonial no disuelto con el pensionado fallecido, por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el inciso 2do del literal b, artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, le correspondería sólo una cuota parte de acuerdo al tiempo convivido con aquel.

Pues bien, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, literal b, señala:

(...)

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

---

<sup>15</sup> Fls. 11-13

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.” (Énfasis propio)

Teniendo claro el derecho que le asiste a la actora a la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del pensionado difunto, pasa la Sala a analizar, tal como lo alega el recurrente, si en verdad la señora Rosaura de la Hoz Gutiérrez, a quien se le reconoció administrativamente la sustitución pensional en su condición de compañera permanente y quien fuera integrada como litis consorte necesario, tiene vigente una sociedad conyugal con el señor Reinaldo Morales de la Cruz, pensionado fallecido del ISS, a fin de establecer si procede la aplicación del literal de la norma en comento.

Del material probatorio aportado al plenario, se observa que obran sólo 2 documentos que dan cuenta de su condición, (i) la Res. N° 8610 de 2010<sup>16</sup>, la cual consigna entre sus apartes “Que el 14 de abril de 2009, a reclamar la sustitución pensional se presentó la señora ROSAURA DE LA HOZ GUTIERREZ CC. 32.607.849, en condición de compañera permanente del pensionado fallecido y en representación de la menor YARLEIDY MORALES DE LA HOZ TI. 97051213533. ...”, y que más adelante señala “... de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y lo establecido en el curso de la investigación administrativa que adelantó el ISS Seccional Atlántico, mediante resolución N° 017258 de 2009 le concedió sustitución pensional... en condición de compañera permanente y a la menor YARLEIDY MORALES DE LA HOZ...” (Subrayas para resaltar); y (ii) oficio N° 45514 del 12 de diciembre de 2003 del Coordinador de Afiliación de la Seccional Atlántico del ISS<sup>17</sup>, en respuesta a “oficio Radicación I.S.S. 033896 10/10/2003 RETIRO DE BENEFICIARIO” en el que se le informa al señor Reinaldo Morales de la Cruz, la inactivación del sistema –Captura de Novedades en Línea– de la señora Rosaura de la Hoz Gutiérrez a partir de diciembre de 2003, solicitud obrante a folio 18. Por lo tanto, no se explica la Sala a cuáles pruebas se refiere el profesional del derecho al sustentar la apelación (o si la entidad administrativamente adelantó nuevamente investigación en contra de aquella, no siendo allegadas al proceso) para afirmar que, aún a la fecha de la sentencia de primer grado, se encuentra vigente una sociedad conyugal entre la señora Rosaura de la Hoz Gutiérrez con el pensionado fallecido, cuando en el expediente y la misma entidad aseguradora –de sus propias investigaciones–, informan todo lo contrario. Debe resaltarse, además, el desgano del apoderado de la parte demandada que, a pesar de haberse apersonado de la representación y trámite del proceso, nada aportó en él en aras de cambiar lo que extemporáneamente alegó; aunado a ello, a pesar de habersele asignado curador Ad litem a aquella, una vez agotado todo el trámite a efectos de su notificación, no se allegó prueba por su parte que demostrara tal condición, siendo la idónea la documental del Registro civil de Matrimonio<sup>18</sup>, lo que fuerza a concluir que ante la ausencia de prueba tendiente a demostrar lo considerado, se desechará ese punto de la sustentación de la apelación.

Respecto al segundo punto tocado en la apelación concerniente a la fecha del reconocimiento de la sustitución pensional a la actora, sostiene el recurrente que la entidad ha cumplido con el pago de las mesadas correspondientes al reconocimiento de la prestación que se le hiciera administrativamente a la señora De la Hoz Gutiérrez, lo que

<sup>16</sup> 11-13

<sup>17</sup> Fl. 17

<sup>18</sup> Decreto-ley 1260 de 1970, la única prueba del estado civil son las fotocopias, copias y certificaciones de registro civil expedidas por los funcionarios de registro civil competentes.

conllevaría a la entidad, si se condenara a la prestación a partir del 23 de marzo de 2009 –muerte del pensionado–, a un doble pago en detrimento de ella.

Pues bien, pese a que es la misma ley la que establece el momento a partir del cual debe reconocerse el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional – la fecha del fallecimiento del causante<sup>19</sup>, no puede desconocerse que estamos frente a una situación sui géneris que merece toda la atención del caso y que sirve, igualmente, para no dejar pasar por alto las implicaciones que una decisión que de este talante representa. A juicio de la Sala, no puede el Instituto alegar a su favor su propia culpa, descuido o incuria en detrimento del particular a quien no le cabe responsabilidad por la conducta o proceder asumido, no ajustado al sentido común, pues, no obstante que inicialmente reconoció el derecho a quien acudió al llamado administrativo al conocer del fallecimiento del pensionado, una vez compareció la hoy demandante –FARIDES ISABEL GUTIERREZ JIMENEZ– a reclamarle el mismo derecho en litigio en su condición de compañera permanente de aquel, debió desde ése momento cesar o suspender el pago de la pensión a quien se la había reconocido en un principio –ROSAURA DE LA HOZ GUTIERREZ–, para esperar que por vía judicial, dentro de un trámite ordinario, se dirimiera a cuál de las dos reclamantes le asistía el derecho, trámite contemplado en el artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990<sup>20</sup>, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y que perfectamente podía aplicar al asunto dado sus peculiaridades, como lo hizo para cuando fue notificado de la demanda proponiendo la integración del litis–consorcio con ella. Si no se hizo de esa manera, asume el ISS las fatalidades propias de su omisión; recuérdese el aforismo que “quien paga mal, paga dos veces”. Por estas razones se considera para este preciso evento que el reconocimiento del derecho pensional a la demandante surge desde que radicó su solicitud ante la entidad demandada –26 de junio de 2009<sup>21</sup>–, y no desde el fallecimiento del pensionado –23 de marzo de 2009–, puesto que, además, no puede negarse su inasistencia al trámite administrativo adelantado por el ISS una vez se convocó a los presuntos beneficiarios de la prestación; lógico que en ese interregno se exonere del doble pago.

Por otro lado, observa la Sala que se condenó al reconocimiento de la sustitución pensional en un 50% a favor de la menor YARLEIDYS MORALES DE LA HOZ, como hija menor de edad del causante, persona que no fuera parte en el proceso ni que hayan acudido en su representación, como tampoco fuera llamada a integrar el contradictorio; a más de que a ésta ya se le había reconocido su derecho administrativamente, por lo tanto el mismo no estaba en discusión dentro de la litis.”

**FUENTE NORMATIVA:** literal (a) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

**DEMANDANTE:** Farides Gutiérrez Jiménez

**DEMANDADO:** Instituto de Seguros Sociales

**FECHA:** Diciembre 6 de 2012

---

**RADICACIÓN:** 08-001-31-05-011-2010-00532-01/47626-A

**DECISIÓN:** Revoca y modifica sentencia apelada.

---

<sup>19</sup> Artículo 47 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

<sup>20</sup> **ARTÍCULO 34. CONTROVERSIA ENTRE PRETENDIDOS BENEFICIARIOS.** Cuando se presente controversia entre los pretendidos beneficiarios de las prestaciones, se suspenderá el trámite de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho. Lo anterior, sin perjuicio a que cuando se acredite legalmente la existencia de dos o más matrimonios y no hubiere separación legal respecto a uno de ellos se le concederá la pensión al primer cónyuge.

<sup>21</sup> Fl. 11, Res. N° 8610 de 2010

### 3. SALA PENAL

**PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS**–Materialidad de la conducta/**SENTENCIA ANTICIPADA**–Finalidad en la Ley 600 de 2000/**TASACIÓN DE LA PENA**–Fórmulas/Beneficios **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**–Corresponde al monto en que fue defraudado el Estado.

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ**

**Causa fáctica.** En el presente caso, el procesado ostentaba al momento de cometer el delito la calidad de Juez Laboral del Circuito de esta ciudad, quien se acogió al beneficio de sentencia anticipada consagrado en la Ley 600 de 2000. La providencia explica la materialidad de la conducta, la forma como está se cometió y la punibilidad correspondiente.

**Extractos.** “Se advierte que el sujeto pasivo de la acción penal, que es calificado, por cuanto José Alfredo Constantino Prasca, se desempeñaba como Juez Cuarto Laboral del Circuito Barranquilla, aceptó en el acta de formulación de cargos para Sentencia anticipada adiada 28 de abril de 2010, ante la Fiscalía 56 Delegada ante el Tribunal de Bogotá D.C., la comisión de los delitos de Peculado por Apropiación agravado por la cuantía en concurso homogéneo y sucesivo – artículo 397 y 27 de la ley 599 de 2000–.

Debe precisarse que el Estado en uso del poder de configuración de las normas de rango sustancial y procesal penal, comprometido como es su obligación de luchar contra el crimen en cualquiera de sus manifestaciones y en búsqueda de solucionar de manera rápida la suerte jurídica de aquellos individuos que incursionan en el campo penal, concibió la figura de la *sentencia anticipada* con un doble propósito: (i) finiquitar el proceso penal, de manera rápida y eficaz para ahorrar recursos de cualquier género, sean logísticos o económicos con el fin único de colocarlos al servicio de otros procesos penales, de difícil solución, y (ii) para que el individuo destinatario de la acción penal, acuda a este mecanismo que si bien pone fin anticipadamente a su proceso, de otra parte le reporta evidentes beneficios punitivos, a partir del momento o estadio en que su voluntad desea de manera libre y consciente, arrepentirse y solucionar su compromiso de verdad y justicia con la sociedad.

(...)

Aquí en este escenario procesal, que culmina en forma abreviada y en el cual el procesado es un ex Juez de la República, con vasta experiencia en el ejercicio judicial, tal como se infiere o deduce de las generalidades de ley surtas en la diligencia de indagatoria de José Constantino Prasca<sup>22</sup>, no se dificulta la labor suasoria para establecer que su comportamiento es *típico*, porque se encuentra regulado o descrito en la norma de reproche penal; *antijurídico*, en la medida en que lesiona el bien jurídico de la Administración Pública, cuando emite plurimas sentencias condenatorias en contra de la otrora empresa estatal de Puertos de Colombia o Foncolpuertos, sin que existieran causas legítimas o documentos auténticos ora crediticios que habilitaran a ciertos ciudadanos el ejercicio de las acciones laborales, para obtener derechos presuntos y luego bajo la égida de la conciliación o de un proceso ejecutivo laboral, permitir que extraños a la empresa o trabajadores sin derecho obtuvieran indemnizaciones o pensiones exorbitantes, con grave detrimento del erario público; *culpable*, en la medida en que su contribución funcional por fuera de la ley, se constituyó en un especial despliegue comportamental, necesario e inexcusable en el concierto de voluntades de diferentes matices,

<sup>22</sup> Folio 46 al 52, del Cuaderno sin número del Delegado Fiscal 56 ante el Tribunal Superior de Bogotá.

particulares y funcionarios públicos, que tenían el propósito desmedido y galopante de asestar heridas económicas a una empresa como Foncolpuertos, inerte en protección por las personas o profesionales a quienes se les destinó esa misión de salvaguarda y defensa.

Pero es que este dolo lo asume el procesado José Constantino Prasca, ya que conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quiso su realización, lo cual a la luz del artículo 22 de la ley 599 de 2000, no permite discusión sobre ese tópico e incluso se convalida cuando se le recibe indagatoria en fecha 14 de abril de 2010, en donde se le pone presente todas y cada unas las sentencias de naturaleza ordinaria o ejecutiva que expidiera en el período citado anteriormente y por las cuales se le seguían múltiples procesos penales, que se conexas y allí libre de juramento señala.

*“Efectivamente se me han puesto de presente los procesos restantes de la diligencia anterior en el radicado 16936, así como aquellos pertenecientes al radicado 16347 que tienen que ver con los ejecutivos últimamente citados los cuales corresponden a los tramitados por mi despacho, por lo tanto reconozco que las providencias que aparecen insertas en cada uno de ellos son de mi autoría tanto en mandamientos de pago como en sentencias.”<sup>23</sup>*

Entonces, aceptando el procesado los cargos que le fueron imputados y existiendo evidencias o elementos de juicio que avalan su posición jurídico procesal, como que el delito o delitos en concurso de Peculado por Apropiación, también pueden establecerse a partir del escrutinio de las probanzas, por lo que se colige fehacientemente, que el procesado es responsable penalmente de éstos, lo cual impone proceder a atender los demás apartados que en consecuencia estructuran una sentencia de tinte condenatorio.

### **Punibilidad**

Ahora, como la acusación es por el punible de *Peculado por Apropiación Agravado por la cuantía*, en concurso homogéneo sucesivo, según el artículo 133 del Decreto ley 100 de 1980, que reformara el artículo 19 de la ley 190 de 1995, la pena de prisión oscila entre seis (6) a quince (15) años, o lo que es lo mismo, entre setenta y dos (72) y ciento noventa y dos (192) meses de prisión; y multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años, los cuales se duplicaran porque lo apropiado supera los doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ya se dijo que los reatos ocurrieron en vigencia de la normatividad en referencia en el acápite anterior y ello explica que cobre vigencia también el artículo 20 del Decreto Ley 100 de 1980, que habla del *tiempo del hecho punible* al sostener que éste se entiende realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el del resultado. Así mismo el que no opere el sistema de los cuartos para efectos de la mensura de la pena, que hoy rige al amparo de la Ley 599 de 2000.

Con la misma inercia argumentativa y apelando a los criterios normativos de punibilidad de la legislación penal anterior, tenemos que el artículo 26, regula el concurso de hechos punibles, partiendo del delito más grave, en nuestro caso lo es el Peculado por Apropiación y agravado por la cuantía, que como se estableció tiene una pena o extremos punitivos que van de **108 a 288** meses de prisión, sin que exista constancia en el acta de formulación de cargos la deducción de circunstancias de agravación punitiva a la luz del artículo 67 ibidem, como tampoco se arrima certificación de condena debidamente ejecutoriada, sin embargo, según el artículo 61 ibidem, para tasar la pena habrá que tener en cuenta *la gravedad y la*

<sup>23</sup> Folio 51 del Cuaderno sin número del Delegado Fiscal 56 ante el Tribunal Superior de Bogotá

*modalidad de la conducta punible*, que en nuestro caso se derivan del mayúsculo detrimento patrimonial del Estado, que lo fue bajo la misma modalidad aquí vista y en repetitivas ocasiones, sin que el sujeto agente investigado, tuviera el más mínimo escrúpulo de prever que los dineros así obtenidos tenían una destinación especial y noble como lo era la de regular las liquidaciones justas y legítimas de los ex trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, comportamientos de ésta naturaleza al más equilibrado Juez, le aconsejan no partir del mínimo del extremo punitivo, sino más allá como una clara retribución justa, es por lo que se impondrá la pena de 130 meses de prisión y se aumentará en otro tanto por el concurso homogéneo sucesivo, para dejar la pena de prisión en **260** meses de prisión, pero como se sometió a sentencia anticipada en la fase de instrucción, por razón de múltiples peculados, tendría derecho según el artículo 40 de la ley 600 de 2000, a una rebaja de una tercera parte; no obstante en el trámite y desarrollo de los procesos penales de rigor entró en vigencia la ley 906 de 2004, que regula la figura del *allanamiento a cargos* y que según la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, se asemeja a la sentencia anticipada, de suerte que por favorabilidad y aplicación del artículo 29 de la Carta Política, este procesado se hará merecedor del cincuenta por ciento (50%) de la pena a imponer – **130** meses –que también cobija la interdicción de derechos y funciones públicas, igual la pena principal de multa. Así ha explicado esa Corporación:

*“...La aceptación de cargos en la fase de instrucción, esto es, desde la indagatoria y hasta antes de la ejecutoria del cierre de investigación (artículo 40, incisos 1ª al 4ª, de la Ley 600) se corresponde con la aceptación pura de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación (art. 288.3 en conc. Con el 351), dejándose en claro que para esta etapa la menor rebaja será – por lo menos– de una tercera parte más un día, para superar así el máximo de reducción señalado para la segunda oportunidad. Y no hay duda que ese plus reductor (así sea de un día) marca la diferencia favorable respecto de la rígida reducción de la tercera parte reglada para la sentencia anticipada.*

...

*Por manera que, hasta antes de la ejecutoria del cierre de investigación, la rebaja a conceder puede ser la tasada entre una tercera parte más un día y la mitad, atendiendo el mayor o menor grado de colaboración, a efecto de evitar el desgaste de la administración de justicia. Así lo destacó recientemente la Sala que hoy cumple igual cometido. Dijo en esa oportunidad:*

*(a) La Sala ha admitido que en asuntos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, cuando quiera que el procesado se hubiere acogido al instituto de la sentencia anticipada de su artículo 40, que permite otorgarle una rebaja de la tercera parte, es viable aplicar retroactivamente el artículo 351 de la Ley 906, que en el caso de allanamiento a cargos habilita un descuento de hasta la mitad de la pena imponible.*

*Esa expresión implica que el beneficio por conceder debe ser modulado por el juez, esto es, que puede conceder desde un día hasta la mitad del límite señalado, lo cual dependerá, en esencia, del mayor o menor grado de colaboración del procesado, esto es, de lo acucioso del allanamiento en cuanto haya impedido un mayo (sic) desgaste de la administración de justicia.*

*(b) La aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a casos culminados al amparo de la Ley 600 de 2000, exige que el tope de la rebaja deba ser superior a la tercera parte, en tanto este descuento ya se lo ganó el sindicato por optar por la terminación abreviada.<sup>24</sup>*

Consecuente con lo anterior, la pena definitiva que deberá purgar el procesado José Constantino Prasca, por las conductas punibles que aceptó y que imputó la Fiscalía General de la Nación, será prisión de **130** meses, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente a la mitad del valor de lo apropiado, que es **1.559.249.681,6**.

#### **Indemnización De Perjuicios.**

Es cierto que toda conducta punible genera un perjuicio e igual es evidente que aquel sujeto o sujetos pasivos de esta se hace merecedor a una indemnización de orden material o moral de conformidad con los artículos 103 del Decreto Ley 100 de 1980.

En nuestro caso, prima facie el directamente perjudicado es el Estado, porque el atentado criminal que se le atribuye al señor José Constantino Prasca, es el del *Peculado por Apropiación agravado por la cuantía y en concurso homogéneo y sucesivo*, que tiene como bien jurídico protegido a la Administración Pública, en la expresión de administrar justicia, representado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)–, a quien se le cancelará como indemnización la suma de **3.118.499.363,2**, con las correcciones e indexaciones a que haya lugar desde su pago y hasta cuando se haga efectiva esta determinación.

Todo esto obedece a la suma de dineros pagados por la entidad estatal afectada, con ocasión de las sentencias dentro de los procesos ordinarios y ejecutivos laborales, que fueron objeto de investigación, reconocidos por el procesado y además aceptando que emitió las providencias contrario a la ley, para esquilmar el patrimonio público en cabeza de Foncolpuertos, éstos dineros o guarismos se obtienen de lo evidenciado en el proceso amén del documento Excel, que presentó la delegada fiscal al procesado, sumatoria que se hace según lo ocurrido, relacionando las secuencias y pormenores de los procesos laborales y sus pagos...”

**FUENTE NORMATIVA:** artículos 22, 27 y 397 de la ley 599 de 2000, artículo 20 y 133 del Decreto ley 100 de 1980 reformado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, artículo 40 de la ley 600 de 2000

**PROCESADO:** José Alfredo Constantino Prasca

**VÍCTIMA:** Estado Colombiano

**FECHA:** Diciembre 6 de 2012

**RADICACIÓN:** 08-001-22-04-000-2010-00346-00

**DECISIÓN:** Condena a 130 meses de prisión. Multa. Niega suspensión condicional de la pena

---

**MONOPOLIO DE LAS ARMAS**–Es de competencia exclusiva del Estado/**REGLAS DE LA EXPERIENCIA**–Como forma de valoración probatoria/**MANIPULACIÓN DEL ARMA HOMICIDA**–Resulta inverosímil la declaración del indiciado/**DOLO DE IMPETU**–Nace de la acción que produce daño a la víctima

---

<sup>24</sup> Sentencia del 16 de mayo de 2010, radicado 28.856, M.P. Augusto I. Ibáñez Guzmán, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

## MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

**Causa fáctica.** En el presente caso, la parte recurrente manifiesta que debe revocarse la providencia de primera instancia por cuanto no se configuran los elementos de la tentativa, la que, a su juicio, encontró satisfecha el juez solo teniendo en cuenta la gravedad de la lesión causada a la víctima.

**Extractos.** “Empecemos por atender la súplica de la defensa técnica, que procura obtener del Tribunal, la revocatoria de la sentencia condenatoria infligida a su asistido judicial por el delito de *Tentativa de Homicidio*, para en su defecto degenerarla en unas *Lesiones Personales Culposas*, pero desde ya anunciamos que el argumento sustento de la rogativa es anodino y sin engaste probatorio, por lo siguiente:

El monopolio de las armas de fuego o explosivos se encuentran constitucionalmente en cabeza del estado colombiano, quien con esa potestad regula a los particulares los requisitos o condiciones para que estos puedan acceder a un arma de fuego o municiones de defensa personal, cosa que aconseja un restringido porte o tenencia para la mayúscula población del país, ya que la seguridad ciudadana se constituye en un compromiso estatal, en cuanto que este ente debe velar porque exista la convivencia ciudadana y la pacífica locomoción de los individuos en el territorio patrio.

Es por ello que quien detenta un arma de fuego de defensa personal, apta para disparar, sin importar la fuente de su obtención material; es decir que sea legítima o no debe concebir intelectivamente que se trata de un artefacto letal y que per se engendra peligro a la colectividad, cuando no se toman las precauciones de rigor o que se detente este instrumento de manera concomitante con el uso del alcohol o sustancias psicotrópicas, como sucedió en el caso objeto de nuestra atención, imponiendo comportes de esta naturaleza el más severo rechazo por parte de la sociedad y del mismo Estado, quien debe proporcionar las medidas profilácticas o de eliminación del peligro, por intermedio de los cuerpos de seguridad creados para tal fin.

Si bien es cierto que a todo indiciado o acusado le asiste el derecho de guardar silencio o de no autoincriminarse no por tal garantía constitucional, ha de tenerse su última incursión procesal, como la hipótesis más atendible y reguladora de las formas o modalidades en que se desarrollaron los sucesos criminales, porque para asumir como cierta esa hipótesis debe estar fortalecida con otros medios de prueba de raigambre legal y oportuna, si este examen crítico no cobra vigencia probatoriamente y existe otra hipótesis que afirma todo lo contrario a las exculpaciones, lo obvio es que ha mentido el procesado Alexis Rafael Natera Viloria.

La historia de los hechos que da el procesado en su primera y segunda exposición es diametralmente opuesta, en la primera ni siquiera admite la presencia de la víctima y mucho menos que portaba arma de fuego y en la segunda si registra la presencia de la víctima en compañía de otras personas e inclusive de un hermano suyo de nombre Hassir, departiendo licor en un establecimiento que no precisa, sosteniendo que *“Aljadys me ve el revólver; y me dice que se lo muestre, yo le dije que ahora, que se quede quieto, cuando me descuidé, el me lo sacó, yo reaccioné y cuando él me coge el revólver por el cañón, yo lo jalo, de ahí, pummm, sonó el tiro, yo me puse las manos en la cabeza, y desesperado con una amiga de nombre Patricia Castelar, lo recogimos y lo dejamos al hospital y yo me di a la huida, eso fue lo que sucedió.”*<sup>25</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

<sup>25</sup> Folio 63, C.O. Juzgado.

El equívoco del acusado en la última exposición raya con lo inaudito y con las reglas de la experiencia frente a la forma de seguridad del *revólver*<sup>26</sup> el cual es de percusión mecánica y no automática, lo que implica que para accionar el gatillo la persona que lo detente o manipule tiene que hacer un esfuerzo físico superior al que le corresponde en ese mismo cometido a las armas automáticas e incluso los revólveres no se disparan fácilmente, ni siquiera al dejarse caer contra una superficie dura puede concluirse cien por ciento que se dispara el cartucho que se encuentre cerca de la aguja percutora, todo el comentario sobre el mecanismo de eyección se encuentran en tratados de criminalística, balística, medicina legal, etc.

Afirmamos falaz la excusa del acusado porque son sus propias palabras las que desnudan tal asunción conceptual y que se explica cuando Alexis Rafael Natera Viloría, asegura que la víctima al verle el arma se la *saca* lo que sugiere que la tenía en su cuerpo, posiblemente en la pretina de su pantalón, si esto es así cuando se saca un arma por otra persona a quien la detente en estas condiciones, lo lógico es que la aprehenda por la cacha del revólver o por parte cercana al tambor donde se encuentran los cartuchos, jamás por el cañón, porque la misma posición del arma en la pretina del pantalón, sea en la parte trasera o delantera, se encuentra en posición de arriba hacia abajo, para facilitar su porte y además apercibirse el sujeto de la mayor posibilidad de reacción y de salvaguarda de su integridad física.

De suerte que debilitada la hipótesis del acusado, en cuanto que la víctima al verle el arma la toma por el cañón, cobra vigor la tesis que expone la víctima en sus narrativas, que son monolíticas y sin que muestre la existencia de forcejeo previo antes de recibir el impacto de bala en su humanidad, concretamente en la boca, lo cual perfecciona el dolo, como aquel conocimiento, de que se portaba un arma de fuego apta para disparar y se coloca la voluntad dirigida a percutirla en dirección de la humanidad de Aljadis Cera Altamar, escogiendo una parte vital del cuerpo como es el rostro en donde se encuentran órganos, sensibles y altamente irreversibles en su funcionamiento ante cualquier lesión por mínima que sea y que en esas situaciones se coloca en riesgo inminente la vida de la persona que recibe lesiones corporales en estos sitios; máxime cuando proviene de un arma de fuego que es representativa de lesiones devastadoras.<sup>27</sup>

Como bien se dijo el procesado actuó de manera consciente, libre y con voluntad de causar daño a la vida de Aljadis Cera Altamar, en nuestro concepto desde la óptica de un dolo de ímpetu, que nace en forma rutilante y sin causa atendible diferente que la de disparar el arma de fuego que se portaba en contra de su escogida víctima asumiendo que lo podía matar porque los externos actos así lo aconsejan y es por eso que conviene precisar que la Corte, regula jurisprudencialmente comportamientos de esta naturaleza así:

*“Tampoco se acreditó que al momento de los hechos careciera de <<plena claridad mental>>, y su actuar obedeció a un repentino arrebató, ese estado emotivo no desvirtúa la intencionalidad de la conducta, pues debe recordarse que precisamente <<el dolo de ímpetu consiste en la consciencia y voluntad de dañar la integridad personal de otro, cualquiera que sea la magnitud del*

<sup>26</sup> Para que se produzcan las acciones de disparo y percusión es preciso que el martillo percutor y el disparador entren en contacto, variando el mismo según que el disparo se efectúe en simple acción o doble acción.

<sup>27</sup> “*más tarde nos fuimos al barro Santa Lucía estuvimos en un Kiosco de Coca Cola, en ese Kiosco Alexis Rafael Natera, Asprilla y la mujer de Alexis, ellos se montaron en una moto, ahí iba un señor que yo no conozco otro iba manejando en la moto iba Alexis Natera Viloría yo me quedé en el kiosco sentado ellos se fueron y después se devolvieron, yo le dije a Asprilla que vamos que eso no me estaba gustando nada, el no me hizo caso y nos quedamos ahí, después Alexis Rafael Natera Viloría me dio un tiro en la boca que no sé porque lo hizo...*” en otra declaración afirma: “*íbamos todos en una moto, llegamos a la casa de Alexis, estando allí sentados todos, Alexis, Asprilla y Jaissar, la mujer de Alexis, otro man que yo no conozco, Alexis saca el revólver y me dispara en la cara, sin haber ninguna clase de discusión yo caigo al suelo y pierdo el conocimiento*” Folio 14 y 66 C.O. Juzgado

daño, de modo que uno u otro resultado nocivo (lesiones o muerte) le pertenecen al sujeto por haber sido presupuestados directa y coetáneamente en su conocimiento y querer, así exista por dicho estado de ánimo una parcial superposición de la decisión y la ejecución del acto<sup>28</sup> (Subrayado fuera del texto original).

También es oportuno referirnos a la credibilidad del dicho de la víctima, que se torna de recibo para el Tribunal, porque alrededor de los acontecimientos no evoca circunstancias o motivos generados por éste para que el acusado tomara la actitud de acabar con su vida y tampoco nos coloca a disposición imprudencia suya que presuponga aprehender el arma de fuego que portaba el procesado y con la cual éste le causó lesiones que pudieron acabar con su vida lo que hace emerger el desecho del pregonado accidente, posición que a lo largo del proceso ha enarbolado la defensa técnica, incluso cuando apela la acusación con los mismos argumentos, los cuales no encontraron eco al interior del delegado fiscal ante este Tribunal, por eso igual con la Corte, en situaciones como la que se revisa el testimonio de la víctima no puede y debe ser desechado por esa natural condición que se adquiere en razón de unos hechos en los cuales se involucran sin contribuir a provocar su propia lesión, así se expresó:

*“Acerca de la credibilidad de los señalamientos y declaraciones efectuados por la víctima en el proceso penal, la Sala ha considerado lo siguiente:*

*De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:*

- a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*
- b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*
- c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.”*<sup>29</sup> (Subrayado fuera del texto original)

Como quiera que el procesado en el discurso de su apelación abraza los mismos argumentos de su defensa técnica, ampliamente contestados ut supra sin que encuentren constatación probatoria, solo huelga precisar a este censor que en verdad le asiste razón frente a la dosimetría de la pena, en el entendido que se le aplicó la ley 890 de 2004, misma que en su artículo 14, incrementó las penas para ciertos delitos, por razón y con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, que regula el proceso penal oral, que fuera creado por el acto legislativo 003 de 2002, que reformara el

<sup>28</sup>Sentencia del 18 de julio de 2002, radicado 12.764, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

<sup>29</sup>Sentencia del 5 de diciembre de 2007, radicado 26.513, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

artículo 250 de la Constitución Nacional, proceso penal oral que sólo entró en vigencia en este Distrito Judicial, el 1° de enero de 2008, mientras que los hechos ocurrieron en 11 de febrero de 2007.<sup>30</sup>

Así las cosas el incremento aludido para el delito de Tentativa de Homicidio, no debía ajustárselo el Juez de conocimiento y en esas reveladas condiciones sabedores que este incremento tenía un específico fin, que no es otro que el proceso penal oral y también acudiendo a las reglas generales de la vigencia de la ley, que siempre es a futuro y jamás peyorativa para el pasado, porque rompe la equidad y el principio de favorabilidad, haremos la corrección punitiva de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta que el juzgador se ubicó en el primer cuarto y siguiendo la misma metodología, tenemos que los extremos punitivos para el delito de Homicidio Agravado, son de 25 a 40 años, lo que es lo mismo que 300 a 480 meses de prisión. También como se ubicó en el extremo mínimo del primer cuarto, estando el Homicidio imperfecto, se le hará la rebaja a que alude el artículo 27 de la ley 599 de 2000, vale decir, disminuyendo  $\frac{3}{4}$  partes a el mínimo y la mitad al máximo, quedando el primer cuarto entre 75 meses y 172 meses y 7 días de prisión, de conformidad con los artículos 60 y 61 ibidem, imponiendo al procesado Alexis Natera Viloría, 75 meses de prisión por el delito de Tentativa de Homicidio, lo cual será objeto de modificación.

Otro yerro del Juez lo constituyó el hecho de que a la sazón no tuvo en cuenta al momento de dosificar la pena el que el Homicidio Tentado era agravado y solo se limitó a acuñar el incremento punitivo a que alude el artículo 14 de la ley 890 de 2004, cuando esto tampoco yace en la parte resolutive de la resolución acusatoria, pero igual el entuerto ha sido subsanado en culto al principio de legalidad de la pena.”

**FUENTE NORMATIVA:** Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 18 de julio de 2002, radicado 12.764, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la ley 890 de 2004 artículo 14

**PROCESADO:** Alexis Natera Viloría

**VICTIMA:** Aljadis Cera Altamar

**FECHA:** Diciembre 5 de 2012

**RADICACIÓN:** 2012-0080-P-CJ

**DECISIÓN:** Confirma sentencia. Modifica Pena.

-----

**DETENCIÓN DOMILIARIA**–Requisitos legales para conceder el beneficio/**CONDICIÓN DE MADRE CABEZA DE FAMILIA**–Debe auscultarse en cada caso quien detenta tal condición/**MANUTENCIÓN ECONÓMICA**–No es el único requisito a tener en cuenta para denominarse padre o madre cabeza de familia

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

**Causa fáctica.** En el presente caso, la parte actora solicita a la Corporación se le conceda el beneficio de la detención domiciliaria alegando que es madre cabeza de familia de dos hijas menores de edad, que es su sostén económico, por cuanto su progenitor no se hace cargo de las mismas, y ésta con su propio esfuerzo es que las provee materialmente.

**Extractos.** “Uno.– La prisión domiciliaria en la ley 750 del 2002, exige los siguientes requisitos: i) Que el delito endilgado no este excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o

<sup>30</sup> Artículo 530 ley 906 de 2004.

personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada; ii) Que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos, iii) que sea **una mujer o un hombre cabeza de familia**. Para este efecto se acude a la definición contenida en el artículo 2 de la ley 2ª de 1982, interpretada a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional, la cual a la letra dice: “ Art 2 – para los efectos de la presente ley, entiéndase por “mujer cabeza de familia”, quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral de cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar” “ PAR- Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo” iv) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. (Subraya de la Sala).

Sin embargo, el artículo 4º de la misma norma establece que: “La detención preventiva cuando proceda respecto de una mujer cabeza de familia, será sustituida por la detención domiciliaria **en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas en la presente ley para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria**”. (Negrillas fuera de texto).

**Dos.-** Además de lo anterior, el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007, regla que la detención preventiva en establecimiento carcelario, podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: i)...ii)...iii)...iv)...v) “Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere de incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces, tendrá el mismo beneficio...”. (Subrayas de la Sala).

**Tres.-** En el caso *subexamine*, se infiere que en efecto, la ciudadana Elba Margarita Villa Quijano es madre de las menores XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, de 14 y 16 años respectivamente, y aunque se encuentra separada del padre de sus hijas, la norma antes mencionada indica que la figura de madre cabeza de familia, es debido a la ausencia permanente, incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente, sin embargo, su ex esposo no presenta tales circunstancias, de modo que las menores tienen una figura protectora, aunque su madre se encuentre separada de éste.

Cabe resaltar, que la calidad de padre o madre cabeza de familia no deviene de la circunstancia de contribuir económicamente al sostenimiento de los menores, sino de ser la **única persona** que tiene a su cuidado personal a la prole.”

**FUENTE NORMATIVA:** Ley 750 del 2002, artículo 2 de la ley 2ª de 1982, artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007.

**SOLICITANTE:** Elba Margarita Villa Quijano

**FECHA:** 29 de noviembre de 2012

**RADICACIÓN:** 2012-00287-P-MC

**DECISIÓN:** Niega solicitud de prisión domiciliaria.

#### 4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

**HABEAS CORPUS**-Acción Constitucional/ **VENCIMIENTO DE TÉRMINOS**- Como causal para conceder la libertad/ **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE LA LIBERTAD**- Solo opera cuando han transcurrido más de 120 días a partir de la audiencia de formulación de imputación y no con la radicación del escrito de acusación

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA, Sala Penal

**Causa fáctica.** El petente solicita que se le conceda la libertad, en razón a que se considera privado ilícitamente de ésta, por cuanto desde el día de su captura hasta la solicitud ha transcurrido más de un año, sin que se haya realizado la audiencia de formulación de imputación, a pesar de haberse éste radicado por parte del Fiscal del caso.

**Extractos:** “Uno. La acción constitucional como derecho fundamental llamada *habeas corpus* tutela la libertad personal en los casos en que ésta se restringió por violación a garantías legales o constitucionales, o tal restricción se prolongó más allá de lo permitido por la ley.

Dos. La normativa aplicable en *habeas corpus* está integrada por las disposiciones siguientes: Artículo 30 de la Carta Política (i); Ley 1095 del 2 de noviembre de 2006, reglamentaria del artículo citado (ii); sentencia C-187 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional hizo la declaratoria previa de constitucionalidad de aquella ley (iii) y la jurisprudencia que guarda pertinencia con la normatividad referida, bien provenga de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema.

Tres. El amparo referido solo procede en los siguientes eventos: (a) cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales; (b) esta se prolongue ilegalmente.

Cuatro.- En el caso sub examine el actor arguye que su pro ahijado, presenta una prolongación ilícita de su libertad, porque “han transcurrido mas de 120 días desde la formulación de acusación y no se ha dado inicio al juicio oral”, resalta además , que hasta la fecha de la presentación de la solicitud del amparo, ha pasado un año y tres meses sin que se haya celebrado el juicio, para sustentar su tesis, el libelista se apoya en el numeral 5° del artículo 317 de la lay 906 de 2004, modificado por la ley 1453 de 2011 (artículo 61).

Por lo anterior, es claro que el código de procedimiento penal, en el artículo mencionado, plantea como causal de libertad la figura de vencimiento de términos, así pues, es pertinente resaltar lo que dicha norma comulga:

“art 317 causales de libertad

(...)

5. Cuando transcurrido (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de acusación no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento”. (Negrillas fuera de texto).

Bajo este contexto se observa, que en efecto, si transcurren mas de 120 días contados a partir de la formulación de acusación y no se haya dado inicio al juicio oral, ocurre el fenómeno de vencimiento de términos, no obstante, debe quedar claro que aunque la acusación es un acto complejo, no hay dudas que la presentación del escrito de acusación

por parte de la fiscalía, y la audiencia de formulación de acusación dirigida por el juez de conocimiento, comportan dos momentos procesales diferentes, regulados de manera independiente, en distintos momentos procesales, establecidos en el código de procedimiento penal.

En vista de lo anterior los 120 días que señaló el legislador, deben contabilizarse a partir de la audiencia de formulación de acusación y no a partir de la presentación del escrito de acusación que hace la fiscalía.

Pues bien, de las pruebas obrantes en el presente trámite de Habeas Corpus se infiere claramente, que al ciudadano Luis Rafael Solano Cabarcas, le fue llevada a cabo, audiencia de formulación de acusación el 4 de Octubre de la presente anualidad, ante el juez penal del circuito de Soledad, diligencia en la cual de además de darse la mencionada eventualidad procesal, se señaló fecha de celebración para la audiencia preparatoria.

Por lo tanto, y contrario a lo sostenido por el actor, a partir de la fecha la celebración de dicha audiencia (4 de Octubre de 2012) hasta el día (13 de diciembre de 2012) han transcurrido 70 días, de modo que no se configura causal de libertad invocada.

De esta manera se tiene que el libelista afirmó que habían transcurrido 1 año y 3 meses sin que se hubiera celebrado la audiencia de juicio oral, pero este tiempo lo contabilizó desde la fecha de la captura de su representado (24 de septiembre de 2011).

Así las cosas, se concluye que el ciudadano Luis Rafael Solano Cabarcas, se encuentra legalmente privado de la libertad, por cuanto: (i) así lo dispuso una autoridad jurisdiccional;(ii) no existe prolongación ilícita de la libertad, debido a que no ha operado la figura de vencimiento de términos.”

**FUENTE NORMATIVA.** Artículo 30 de la Carta Política; Ley 1095 de 2006; sentencia C-187 de 2006 Corte Constitucional

**FECHA.** 13 de diciembre de 2012

**ACCIONANTE.** Luis Rafael Solano Cabarcas

**ACCIONADO.** Juzgado Penal del Circuito de Soledad

**RADICACIÓN.** 2012-00406-P-MC.

**DECISIÓN.** No concede el amparo solicitado

---

**HABEAS CORPUS**-Naturaleza jurídica/procedencia/**AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN**- Posterior a su desarrollo deben proseguirse las etapas procesales siguientes dentro de los términos de ley/**CAUSAL DE LIBERTAD**-La constituye el vencimiento de los plazos legales y la inobservancia de las normas aplicables

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR. DR. JULIO ANTONIO OJITO PALMA, Sala Penal**

**Causa fáctica.** En el presente caso, la parte actora solicita su libertad por cuanto considera que se encuentra vencido en exceso el término para dar inicio al juicio oral, como quiera que una vez realizada la audiencia de formulación de imputación, el juzgado de conocimiento no ha adelantado las etapas subsiguientes, en claro detrimento de su derecho fundamental.

**Extractos.** “Debe recordarse que en este proceso se observa que las circunstancias que rodean la privación de la libertad del señor JULIO CÉSAR ROMERO PACHECO obedecen al cumplimiento de una medida de aseguramiento, lo cual se deduce de la demanda de hábeas corpus y de la contestación que de ella se hizo por los accionados.

A partir de lo anterior es evidente que la privación inicial de la libertad del accionante no fue arbitraria ni ilegal, ya que la misma se produjo en virtud de una orden de un Juez de Control de Garantías que la dictó en audiencia preliminar, y de la que, incluso, no se queja el actor en este trámite ni tampoco lo hizo al interior de la actuación recurrido dicha decisión.

Por tanto, el estado de reclusión del procesado tiene como causa una decisión de un Juez Constitucional, consistente en la orden de captura y la imposición de detención preventiva en establecimiento carcelario, acordes ellas con los tratados, la Constitución política y la Ley que regula el caso presentado.

3.1.2. Ahora bien, de acuerdo con la información que rindió el JUEZ SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO es evidente que la formulación de la acusación se hizo el día 6 de febrero de 2012<sup>31</sup>, lo cual tuvo ocurrencia en la audiencia que se efectuó en esa fecha.

A partir de la formulación de la acusación es que se computa el término de 120 días de que trata el artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011, para el inicio de la audiencia de juicio oral.

Dicha contabilización se realiza contando los días y horas de forma ininterrumpida, tal como lo precisó la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la sentencia de 4 febrero de 2009, Rad. N° 30363<sup>32</sup>, esto se dijo:

*“En suma, advierte la Corte que la distinción realizada por el legislador en los numerales 4° y 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004 modificados por el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007 no responde a criterios razonables y objetivos y quebranta el derecho de igualdad de las personas, circunstancia que impone en virtud del artículo 4° de la Carta Política dar prevalencia a su artículo 13 y por ello, entender que la contabilización “en forma ininterrumpida” de los términos previstos en el citado numeral 4° del artículo 317, también se hace extensiva a los tiempos establecidos en el numeral 5° del mismo precepto”.*

---

<sup>31</sup> Ver folio N° 23 del C.O.

<sup>32</sup> “...Para optar por una u otra alternativa, se dispuso en la ley un criterio no derivado de la fase en la cual se encuentre el trámite, ya en el ciclo preprocesal o en el juicio, sino de la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación, distinguiendo entonces, entre las correspondientes a los jueces de control de garantías y aquellas que atañen a los jueces de conocimiento. Si se trata de las primeras, actuaciones ante jueces de control de garantías, “*Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de esta función*”. Respecto de las segundas, actuaciones ante jueces de conocimiento, “*se adelantarán en días y horas hábiles*”. Siendo ello así, se reitera, no es la fase en la cual se encuentre el trámite la determinante de la regla de contabilización de términos, sino la autoridad judicial ante quien debe surtirse la actuación la que establece cómo se contarán los lapsos para adelantarla. Lo expuesto tiene sentido, en la medida en que como atrás se dilucidó, la intervención de los jueces de control de garantías es puntual, urgente e inmediata en procura de asegurar los derechos fundamentales y garantías de las personas, ya en el periodo preprocesal (v.g. Control de legalidad sobre los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía), ora en la fase del juicio (v.g. Control de legalidad del capturado en esta fase), mientras que la labor de los jueces de conocimiento no precisa de tal premura, siempre que no comporte una dilación injustificada, tenga ella lugar en el ciclo preprocesal (v.g. preclusión de la investigación a instancia de la Fiscalía solicitada en cualquier momento anterior a la presentación del escrito acusatorio) o en el juicio oral (v.g. proferimiento del fallo)...”.

Así las cosas se concluye que al contar los 120 días desde la formulación de la acusación para el inicio de la audiencia de juicio oral desde el 6 de febrero de 2012, ellos se vencieron el día 5 de junio de 2012, es decir, hace más de cinco meses.

Ahora bien, al analizar si el JUEZ SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO da cuenta de alguna circunstancia procesal que le sea reprochable a la Defensa o al señor JULIO CÉSAR ROMERO PACHECO para que el proceso se hubiere suspendido y se hubiere causado todo ese tiempo para que no se adelantara e iniciara la audiencia de juicio oral, es evidente que sobre ello no expone nada, y, por el contrario, informa sobre una total inactividad procesal desde la audiencia de formulación de acusación de 6 de febrero de 2012 para con ese proceso, al punto de que, a la presente fecha, 28 de noviembre de 2012, después de 9 meses, todavía no se le ha dado trámite a un recurso de apelación que interpuso la Defensa en contra de una decisión que se tomó por el Despacho en la audiencia de verbalización del pliego de cargos.

De esta manera se observa que el proceso penal se encuentra aún en la etapa de la formulación de la acusación, no se ha citado a las partes para la realización de la audiencia preparatoria, tampoco se ha realizado ésta última, ni mucho menos se ha iniciado la audiencia de juicio oral.

En conclusión, el derecho a la libertad por vencimiento de términos, en este caso concreto, se debió materializar el día 5 de junio de 2012, fecha en la que se cumplieron los 120 días hábiles de que trata el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, para que se iniciara la audiencia de juicio oral pero no se hizo.

(...)

En cuanto a este aspecto, de acuerdo con las pruebas que obran en la actuación, es evidente que la Defensa del señor JULIO CÉSAR ROMERO PACHECO solicitó que se realizar la audiencia de reconocimiento de la libertad por vencimiento de términos, y ello lo hizo al diligencias la solicitud del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Oral Acusatorio el día 27 de enero de 2012 a las 16:47 horas<sup>33</sup>.

Ahora bien, el interesado también presentó unas constancias emitidas por autoridades jurisdiccionales en las que se dejó consignado que la audiencia preliminar no pudo realizarse.

En efecto, se anexó copia del Acta de 5 de marzo de 2012 del JUZGADO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS AMBULANTE, en la que se dejó consignado que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO no trasladó al procesado hasta ese juzgado para la realización de la audiencia preliminar<sup>34</sup>.

De igual forma se anexó constancia de fecha 12 de julio de 2012 emitida por el JUEZ COORDINADOR DEL CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES en el sentido de que el FISCAL VEINTIREPES LOCAL, Dr. OSCAR CONTRERAS AMARIS, le informó que no le había sido entregada la carpeta de la actuación para la realización de la audiencia, y, por tanto, se hacía necesario reprogramar su fecha y hora<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Ver folio N° 5 del C.O.

<sup>34</sup> Ver folio N° 6 del C.O.

<sup>35</sup> Ver folio N° 6 del C.O.

Finalmente, aunque no constituye ninguna constancia de no realización de la audiencia preliminar, sí se aportó un Marconigrama del CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES en el que se le citó al Defensor para la realización de la precitada diligencia preliminar, oportunidad de la que dice el abogado no se realizó debido al paro judicial.

De esta manera la Sala considera que no es razonable obligar al procesado a que acuda ante el Juez de Control de Garantías, presente nuevamente su petición de audiencia preliminar y solicite su libertad provisional, ya que ese mecanismo ordinario se ha tornado ineficaz, precisamente, por una causa atribuible a funcionarios del Estado, y ello por cuanto que las oportunidades en que se dispuso ello no se realizó debido a que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO no trasladó al procesado el día 5 de marzo de 2012, el FISCAL VEINTITRÉS LOCAL no estaba preparado el día 12 de julio de 2012 y la Rama Judicial se encontraba de paro judicial el día 4 de octubre de 2012.

Todas estas situaciones le son reprochables al Estado, puesto que, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia de 19 de octubre de 2012, radicado N° 40175, M.P. Dr. JORGE LUÍS BARCELÓ CAMACHO, precisó que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, el FISCAL y el DEFENSOR PÚBLICO, forman parte del concepto de administración de justicia, de manera que no es posible predicar que las causas para la no iniciación de la audiencia de juicio oral no son atribuibles a ésta.

En conclusión, se considera que en el presente caso la solicitud de libertad provisional se ha tornado inane, tal como aconteció en el caso estudiado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la sentencia de 10 de agosto de 2010, Rad. N° 34737, M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO<sup>36</sup>, puesto que no se ha conseguido que siquiera el Juez Natural estudie su situación y proceda a emitir la decisión que en derecho corresponda.

(...)

Se tiene entonces, como se dijo anteriormente que el Defensor del procesado solicitó en tres ocasiones la realización de la audiencia preliminar por vencimiento de términos, pero no pudieron llevarse a cabo por el no traslado del procesado por parte del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, por la no preparación del Delegado del ente acusador para la realización de la diligencia y por el paro judicial que afronta la Rama Judicial, tornándose de esta manera inane, en el presente caso, la solicitud de libertad por vencimiento de términos que se ha solicitado a través del Juez de Control de Garantías.

---

<sup>36</sup> "...De acuerdo con lo anterior, cuando la persona se encuentra privada de su libertad en razón de una actuación judicial en virtud de una decisión del funcionario competente, las solicitudes de libertad tienen que ser presentadas al interior del mismo proceso, con la posibilidad de interponer los recursos ordinarios contra la providencia que la decide. Pero qué ocurre cuando la solicitud presentada al interior del proceso, no es resuelta oportunamente? Estando de por medio el derecho fundamental a la libertad, en casos excepcionales, el procedimiento arriba señalado resulta nugatorio porque los otros mecanismos legales ordinarios son inanes, en la medida que al no existir decisión tampoco se pueda hacer uso de los recursos. De ese modo cuando los medios dejan de ser idóneos para la protección del derecho que ampara la acción constitucional del habeas corpus, sin duda, a los interesados no puede obligarse a esperar o insistir en lo que de suyo se muestra ineficaz, por falta de una respuesta oportuna a la posible vulneración del derecho a la libertad por causa atribuible a los funcionarios judiciales que imposibilitan o impiden su resolución...".

Y ello es así puesto que no se ha conseguido que siquiera ese Juez Natural estudie la situación del señor JULIO CÉSAR ROMERO PACHECO y proceda a emitir la decisión que en derecho corresponda.

Además, esa situación se ha mantenido desde esa fecha a la presente, ya que todas las sesiones programadas fracasaron por la falta de preparación del Fiscal y por la no remisión del procesado por parte del INPEC, y, por ende, desde el 5 de junio de 2012 a la presente ha transcurrido ese espacio de tiempo por culpa atribuible a la administración de justicia.

De esta manera se llega a la conclusión que se ha configurado la causal de libertad alegada, ya que la no iniciación de la audiencia de juicio oral dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la formulación de la acusación.

Es por ello que es procedente aplicar en este caso el numeral 5° del artículo 317 de la ley 906 de 2004 que dispone: *La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos: "...Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento..."*.

De esta manera la acción de habeas corpus se ofrece como idónea para resolver el asunto que se plantea a favor de JULIO CÉSAR ROMERO PACHECO, en la medida que el procedimiento penal ante los Jueces de Control de Garantías se tornó ineficaz por el propio actuar de la administración de justicia.

Por todo lo expuesto la acción de habeas corpus será concedida, debido a que se ha superado sin causa justificada y razonada el término de 120 días para la iniciación del juicio oral por causa atribuible al Estado."

**FUENTE NORMATIVA:** artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011.

**FECHA:** 28 de noviembre de 2012

**ACCIONANTE:** Julio Romero Pacheco

**ACCIONADO:** Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla

**RADICACIÓN:** 08-001-22-04-000-2012-00396-00

**DECISIÓN:** Concede el amparo solicitado, con las anotaciones dispuestas en el numeral 3.5. de la sentencia

**JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**  
**PRESIDENTE**

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

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

# RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

### BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 009 – ENERO DE 2013

#### ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

**ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**–Alcance cuando se invoca la causal 9º/**TESTIMONIOS**–Del acervo probatorio recaudado no se logró demostrar con eficacia las mayores cantidades de obras reclamadas/**PACTOS CONTRACTUALES**–Del documento anexo no se desprende otrosí que ampare las pretensiones del convocante. *Pág. 5*

**CONTRATO DE TRABAJO**–Hecho admitido por las partes/**VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO**–Requisitos/**PRINCIPIO DE A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL**–Interpretación de la jurisprudencia laboral. *Pág. 16*

**CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA**– Es regulado por las normas de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena/**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN**–Es predicable del contrato inicialmente incumplido. *Pág. 2*

**DETENCIÓN DOMILIARIA**–Requisitos legales para conceder el beneficio/**CONDICIÓN DE MADRE CABEZA DE FAMILIA**–Debe auscultarse en cada caso quien detenta tal condición/**MANUTENCIÓN ECONÓMICA**–No es el único requisito a tener en cuenta para denominarse padre o madre cabeza de familia. *Pág. 31*

**HABEAS CORPUS**–Acción Constitucional/ **VENCIMIENTO DE TÉRMINOS**– Como causal para conceder la libertad/ **PROLONGACIÓN ILÍCITA DE LA LIBERTAD**– Solo opera cuando han transcurrido más de 120 días a partir de la audiencia de formulación de imputación y no con la radicación del escrito de acusación. *Pág. 33*

**HABEAS CORPUS**–Naturaleza jurídica/procedencia/**AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN**–Posterior a su desarrollo deben proseguirse las etapas procesales siguientes dentro de los términos de ley/**CAUSAL DE LIBERTAD**–La constituye el vencimiento de los plazos legales y la inobservancia de las normas aplicables. *Pág. 34*

**MONOPOLIO DE LAS ARMAS**–Es de competencia exclusiva del Estado/**REGLAS DE LA EXPERIENCIA**–Como forma de valoración probatoria/**MANIPULACIÓN DEL ARMA HOMICIDA**–Resulta inverosímil la declaración del indiciado/**DOLO DE IMPETU**–Nace de la acción que produce daño a la víctima. *Pág. 27*

**NULIDAD PROCESAL**–Improcedencia en caso de autos/**TOMA DE POSESIÓN**–Alcance económico de esta medida administrativa/**RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**–Inembargabilidad/Excepciones /Pronunciamiento Altas Cortes/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**–Decisiones de la Sala Civil de esta Corporación sobre la materia. *Pág. 9*

**PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS**–Materialidad de la conducta/**SENTENCIA ANTICIPADA**–Finalidad en la Ley 600 de 2000/**TASACIÓN DE LA PENA**–Fórmulas/Beneficios  
**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**–Corresponde al monto en que fue defraudado el Estado. *Pág. 24.*

**PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DEL ACUERDO 049 DE 1990**–Cotizaciones efectuadas/**PRINCIPIO DE BUENA FE**–Aplicación Jurisprudencial/ **COLPENSIONES**–Entidad encargada de administrar las pensiones que manejaba el ISS. *Pág. 14*

**SUSTITUCIÓN PENSIONAL**–Finalidad/**COMPAÑERA PERMANENTE**–Derechos que le asisten/**SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE**–Consecuencias jurídicas/**INCURIA O NEGLIGENCIA DEL ISS**–No puede recaer sobre quien acude oportunamente al trámite administrativo. *Pág. 20*

---