



BOLETÍN JURÍDICO N° 48

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Febrero de 2017

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ABDÓN ALBERTO SIERRA GUTIERREZ
Radicación: 08001-31-03-006-2012-00218-01 (39.697)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Responsabilidad civil por el hurto de dineros dentro de un banco sin haber sido consignados/ Deberes de los bancos y sus usuarios/ Obligaciones de seguridad de la actividad financiera: Regulación normativa-Exigencias mínimas

FECHA: Enero 18 de 2017

DEMANDANTE: Inversiones Javal & Compañía en S en C- Otros

DEMANDADO: Bancolombia S.A.

- **Responsabilidad Civil: Casos en que es posible ubicarla en la órbita contractual ó extracontractual**

El demandante y el despacho encuadran esta responsabilidad como extracontractual, ello, por cuanto el hecho no fue realizado por la entidad bancaria sino terceros que ingresaron a dicho establecimiento y hurtaron la bolsa donde estaba depositado el dinero, pero tal actividad tuvo ocurrencia allí gracias a la existencia de un contrato entre el Banco y el propietario de la suma de dinero hurtado, lo que efectivamente genera una imbricación de las responsabilidades, de manera que es posible ubicarla en una u otra de las responsabilidades y que en tales casos la Corte Suprema de Justicia ha expresado que es indiferente su identidad, debiéndose en todo caso estudiar si los presupuestos de la responsabilidad civil se encuentran demostrados o no, indistintamente si es una u otra la alegada.

- **Obligaciones de seguridad en las actividades bancarias: Cargas y deberes de los sujetos de la relación jurídica**

Pues bien, la obligación de seguridad en tratándose de actividades bancarias cuenta con diversos grados, ello en la medida que se acerque el hecho en que se funda la demanda de responsabilidad a la órbita de cada extremo subjetivo del contrato. Así, tenemos que no habría duda que el Banco sería responsable de la seguridad del dinero a partir de que es entregado en ventanilla a un funcionario de la entidad financiera y de los desplazamientos irregulares que se den por los funcionarios a ese depósito a partir de aquella operación, como sería las consignaciones realizadas a otras cuentas diferentes del depositario o mandatario o el pago irregular de cheques. Igualmente y en contrario, será de responsabilidad exclusiva del cuentacorrientista garantizar la seguridad del desplazamiento de su dinero hasta las instalaciones del Banco, determinar la confiabilidad de la persona que realiza en su nombre las operaciones de consignación y desplazamiento de dicho dinero, de manera que si algo irregular sucede en tal oportunidad, es el cuentacorrientista el responsable de las pérdidas que se llegaren a generar.

- **La zona de penumbra: Aplicación de la teoría de Hart a la responsabilidad civil**

Pero existe una zona intermedia, de penumbra en esa relación y consiste en quien debe ser responsable y hasta qué punto, por la pérdida del dinero en las oficinas de los establecimientos bancarios, cuando dicho dinero aún no está en manos de los funcionarios de la entidad financiera.

Siendo así, no es suficiente para resolver el presente problema jurídico el expresar simplemente que las obligaciones nacidas del contrato de cuenta corriente para el Banco se limitan a recibir consignaciones y pagar cheques, por lo que si no lo había recibido, simplemente no hay obligación del ente financiero, porque, para el caso concreto y el problema jurídico que se plantea, ello no es suficiente, habida cuenta que lo alegado es una responsabilidad civil en el momento de penumbra de la seguridad en que ambos extremos contractuales tienen cargas y deberes, de las cuales, el demandante alega son del demandado, y éste, que son ajenas a su órbita.

- **Con el cumplimiento de los estándares mínimos de seguridad el banco satisface dicha obligación, salvo prueba en contrario**

Cumplida las mínimas exigencias de seguridad prescritas por las autoridades bancarias, precisamente por ser las menores, estarías sujetas a ajustes teniendo en cuenta el entorno social y delincuencia en la ciudad, la zona y el Banco y no existe en el plenario, ni estadísticas, ni informe policivo, mucho menos información alguna que exigiera, con un criterio racional que era imperativo realizar ajustes a aquellas medidas mínimas con otras de mayor rigor represivo, mucho menos existe rastro probatorio de que el hurto armado de que fue víctima el demandante se hubiese realizado con complicidad o por lo menos

conocimiento previo de los funcionarios bancarios. Por tanto, no existiendo, de ninguna manera participación de parte del ente bancario aquí convocado en la ocurrencia del hecho dañoso y no demostrado la necesidad de acentuar las medidas de seguridad mínimas ordenadas por el protocolo de seguridad del Banco y cumplidos éstos, ha de entenderse que el argumento del incumplimiento de las obligaciones de seguridad que se le imputa al demandado no se ajusta a la realidad, lo primero se deriva de la relación negocial y lo segundo de los presupuestos de prosperidad de la responsabilidad extracontractual.

M.S: Dra. GUIOMAR ELENA PORRAS DEL VECCHIO
2016-00083F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Proceso de Interdicción Judicial: Su declaración tiene efectos hacia el futuro- Finalidades: la protección del patrimonio y la fijación de la curatela/
Fecha de estructuración de la discapacidad no tiene incidencia en este asunto

FECHA: Enero 31 de 2017

DEMANDANTES: Inés Durán De Rosales - Inés y Luz Marina Rosales Durán

- **Declaratoria de interdicción judicial: Objeto. Efectos Jurídicos**

Inicialmente, debe indicarse, que el proceso de interdicción tiene efectos a futuro, pues la protección que de él se deriva, es precisamente para la salvaguarda de la persona declarada interdicta en lo sucesivo a partir de tal declaración, y la administración de su patrimonio a partir de ese momento.

(...)

Ahora, el objeto del proceso de interdicción, radica en la protección personal y patrimonial de la persona en discapacidad mental, y ésta produce efectos precisamente a partir de su declaración, pues previo de ello, se presume legalmente que tiene capacidad de ejercicio.

Se trata entonces de establecer por la vía judicial, restricciones a la capacidad o dicho de otra forma, mantener al declarado interdicto, únicamente con la capacidad de goce, pues esta es un atributo de la personalidad que lo habilita para ser titular de derechos y obligaciones, que no le puede ser eliminado.

Sin embargo, con la declaración de interdicción, lo que se busca es la estructuración, ya sea permanente o temporal de su capacidad de ejercicio, a fin que los actos jurídicos propios de estas, sean ejercidos por su curador.

- **Interdicción por demencia: Finalidad**

En este orden de ideas, las patologías que encajan en el concepto de discapacidad mental absoluta, regulada en la Ley 1306 de 2009, antes artículo 545 del Código Civil, tiene por finalidad, la asignación de la curatela, a quien se encuentra con discapacidad mental.

Así las cosas, la declaración de interdicción, ha de ser pura y simple, pues no tiene como objeto nada más allá del simple reconocimiento que haga la jurisdicción sobre la condición de determinado sujeto, para que en adelante no continúe ostentando una capacidad de ejercicio que se ve nublada dada la enfermedad de tipo psicológico o psiquiátrico que padece, que puede ser objeto de aprovechamiento para el desmedro de su patrimonio.

- **Fecha de la estructuración de la discapacidad: Tiene otra vía procesal**

Así entonces, si la recurrente pretende la determinación de la fecha de estructuración de la discapacidad, debe acudir a los mecanismos idóneos para tal, como lo es la calificación de invalidez, etc.

Lo anterior, en razón que no es este proceso, el resorte para el establecimiento de una fecha de estructuración de la discapacidad, pues ninguna incidencia tiene en la declaración de interdicción, ni en la protección que debe constituir el juez de familia, para que no sea menoscabado el patrimonio del interdicto, ni su buen estado personal.

M.S: Dra. GUIOMAR ELENA PORRAS DEL VECCHIO

2016-00140F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Existencia, disolución y liquidación de sociedad patrimonial de hecho: Su estudio procede aunque no se solicite la declaratoria de la unión marital de hecho/Aplicación de la Ley 54 de 1990 a convivencias anteriores a su promulgación- Interpretación Jurisprudencial

FECHA: Enero 31 de 2017

DEMANDANTE: Roberto Enrique Rodríguez Picalúa

DEMANDADO: Neyla Esther Varela Orozco

- **Declaratoria de existencia de sociedad patrimonial de hecho: Procede aunque la pretensión no conlleve expresamente la de la unión marital de hecho- Precedente horizontal y vertical sobre la materia**

En primer lugar, debe destacar la Sala, que las pretensiones de la demanda se encaminan solamente a obtener la declaración de existencia, de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, sin petición alguna respecto de la declaración de la unión marital de hecho, siendo que aquella es consecuencia de ésta.

De este modo, pareciera que no puede existir pronunciamiento en tal sentido, sin embargo, como ya fue sentado por esta Sala en decisión de noviembre 10 de 2015 en seguimiento de la tesis trazada por la H. Corte Suprema de Justicia sentencias de Mayo 25 de 2005, Marzo 22 de 2011 y Noviembre 29 de 2012, hay lugar a ello, toda vez que los fundamentos de hecho y de derecho, giraron en torno a los parámetros de la Ley 54 de 1990, es decir, que la pretensión acerca de la sociedad patrimonial de hecho, viene sustentada en la presunta existencia de una unión marital que le dio paso, por tanto, es viable referirse a aquella, sin que resulte indispensable hacerlo sobre ésta.

- **Efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990: Evolución Jurisprudencial**

Ahora, en lo atinente al efecto en el tiempo de la Ley 54 de 1990, inicialmente sostuvo la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que dicha normatividad tenía carácter eminentemente constitutivo y el principio de equidad, descartó su aplicación retrospectiva (sentencia de abril 20 2001, Rad. 5883, reiterada en las sentencias de marzo 20 de 2003, Rad. 6726 y marzo 9 de 2004, Rad. 6984).

Posteriormente, en sentencia de octubre 28 de 2005 con radicación No. 08001-31-10-004-2000-00591-01, el Tribunal Casacionista precisó que, "un nuevo análisis de esta problemática conduce a la Corte a modificar su aludida doctrina, para concluir que la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia –no así a las que para ese momento ya habían fenecido–, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990, en el obvio entendido que se verifiquen todos los presupuestos requeridos por la normatividad patria."

En dicha sentencia, luego de tratado lo concerniente a la aplicación retrospectiva de la Carta Política de 1991, de la que se habló anteriormente, indicó la Corte que desde la óptica de aquella, resulta ineludible adoptar una interpretación, que permita la aplicación inmediata de la Ley 54 de 1990 durante su vigencia, a quienes a priori, vienen formando una comunidad de vida singular, pues de este modo se estaría en concordancia con el artículo 58 superior, según el cual "los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"; lo afirmado dado

que con anterioridad a dicha ley, no existía regulación sobre las uniones concubinales, por lo que mal podría afirmarse la existencia de derechos adquiridos previo a la promulgación de la Ley 54.

Esta postura ha sido recogida por la misma Corte, en sentencias de noviembre 3 de 2010, Rad. 2005-00196-01; agosto 12 de 2011, Rad. 2005-00997-01; agosto 5 de 2013, Rad. 2008-00084-02; diciembre 12 de 2011, Rad. 2003-01261-1; agosto 11 de 2014, Rad. 2007-1170-01; y diciembre 14 de 2015, Rad. 2010-0026-01.

Así, en la primera de las mencionadas sentencias, decantó que "(...) existen tres escenarios que se pueden presentar de cara a la aplicación de la Ley 54 de 1990: a) el primero, cuando la unión marital nació y también feneció antes de la vigencia de la ley, evento éste en el cual existe un fenómeno fáctico consumado que escapa a la protección del legislador. Por ende, no es posible prevalecerse de ese cuerpo normativo, porque ello sería permitir una aplicación retroactiva que no fue expresamente prevista; b) el segundo, cuando se trata de uniones maritales nacidas después de la vigencia de esa normatividad, caso en el cual no hay duda sobre la aplicabilidad de la ley; y c) el tercero, cuando la unión marital comienza antes de la vigencia de la norma y, además, subsiste después de que ésta entró a regir, fenómeno que por efectos de la retrospectividad ya explicada queda comprendido dentro de la regulación normativa."

De acuerdo a las anotaciones fácticas y jurídicas previamente anotadas, viene diáfano concluir que la unión que existió entre el señor Roberto Elías Rodríguez Picalúa y Neyla Esther Varela Orozco, se encuentra en el primer escenario de los anotados en cuanto a la aplicación de la Ley 54 de 1990, pues del acervo probatorio quedó establecido que la comunidad de vida existente entre las partes, cesó de forma definitiva en el año 1990, previo a la entrada en vigencia de la aludida normatividad.

Vale agregar en este punto que la conclusión anterior es totalmente válida, puesto que en el líbello introductor lo que pretendió la parte actora, fue la declaración de una sociedad patrimonial de hecho, derivada de una unión marital, mas no pretendió la declaración de una sociedad de hecho con fundamento en una relación concubinaria, de acuerdo con la regulación anterior a la Ley 54 de 1990.

M.S: Dra. LUZ MYRIAM REYES CASAS

RAD 39.718

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Responsabilidad Civil: Contrato verbal de transporte/Contratos de tracto sucesivo: Su prolongación en el tiempo no implica que el contrato sea a término indefinido/ Elemento accidental del negocio jurídico: Carga de la prueba recae

sobre el demandante / Inexistencia de incumplimiento contractual: El término de ejecución había expirado

FECHA: Enero 27 de 2017

DEMANDANTE: Transportes González Cepeda Ltda – Transgocel Ltda.

DEMANDADO: Holcim Colombia S.A.

- **Contrato verbal de transporte: Libertad probatoria para su acreditación**

En otro flanco, es importante recalcar que el contrato de transporte responde a una forma libre, lo que pone de relieve que las partes pueden celebrarlo del modo que deseen, verbal ora por escrito, de allí, que el legislador le hubiere dado cabida a la libertad probatoria, acudiendo a los medios legalmente establecidos en el procedimiento.

(...)

Para la Sala de Decisión, no existe duda que entre las sociedades aquí enfrentadas, existieron sendos contratos de servicio de transporte de carga de agregados y materiales de construcción, toda vez que las probanzas dilucidadas en su orden, documentales, interrogatorio a las partes, testimoniales, dan cuenta que dichos negocios se celebraron de manera verbal ya vía telefónica ora por correo electrónico, convenios que tuvieron lugar desde el mes de marzo de 1995 hasta octubre 26 de 2012, como lo dan cuenta las facturas de venta acompañadas al plenario, así como de la aceptación de la demandada al señalar en su contestación: “Se venían utilizando los servicios de transporte de carga por parte de la demandante durante el tiempo señalado en la demanda...” (Fl 116 Cdno Ppal).

- **La celebración de sucesivos contratos de transporte y su prolongación en el tiempo no convierten en indefinido el plazo contractual**

Con estas notas reflexivas, para la Sala el plazo acordado por las partes respondía a la programación que imponía la empresa contratante, al punto que cada contrato celebrado se ejecutaba y cancelaba en las condiciones que la propia demandante aceptó, y quien quedaba a la espera de un nuevo requerimiento o programación por parte de la empresa, de allí, que los vehículos no estaban en completa disposición de la empresa demandada a diario, como se constató con la declaración del testigo de la parte demandante, señor Berben Gil al decir: “cuando nos solicitaban” Min 46:11 a 45:22 Grabación (4).

(...)

No obstante, como quiera que la parte demandante ha pretendido la declaratoria de existencia de un solo negocio jurídico bajo término indefinido

asimilándolo a cómo ocurre en materia de los contratos laborales, ello no es posible al tenor de las motivaciones previamente extractadas, pues, se insiste, los sujetos contratantes celebraron sendos negocios que en períodos programados por la empresa demandante iniciaban la ejecución y se agotaban con el respectivo pago por transporte o traslado de la carga en una específica ruta, sin que ello, se opusiera a su naturaleza de ejecución sucesiva, recordando que el artículo 1028 del C.Co contempla que recibida la cosa transportada sin observaciones se presumirá cumplido el contrato, así lo deja entrever cada una de las facturas diligenciadas sin que las partes revelaran controversias frente a la ejecución de los servicios de transporte prestados y recibidos.

- **Cláusulas accidentales de los contratos: Preaviso / Carga de la prueba de su existencia incumbe al demandante**

De cara a este análisis, gravitaba en la parte demandante la obligación de probar que las partes habían acordado que al decidir no contratar los servicios de transporte o de no prestarse éste, tendría que darse aviso previo, de tal suerte que conviene recordar lo establecido en el artículo 1501 del C.C, que hace relación a los elementos característicos del contrato, de allí que se revelara que los requisitos esenciales del contrato que se viene estudiando se hallan consagrados en el artículo 981 del C.Co, por lo que al no quedar comprendidos en el acuerdo de voluntades por los negociantes se tornaba inexistente, o abría paso a otro distinto.

(...)

De lo dicho, surge con claridad diamantina para la Sala, que la parte demandante no demostró que la parte demandada estuviera obligada a dar preaviso para la terminación de un contrato, que por demás había finiquitado el 26 de octubre de 2012, encontrándose la empresa Holcim Colombia S.A, en la libertad de emitir o no una nueva programación o requerimiento de los servicios de Transporte a Transgocel Ltda, máxime cuando dichas empresas están ubicadas en un plano de igualdad en torno a los contratos que lograron acreditarse, dada la autonomía de la voluntad de las partes, sin que existiera prueba tampoco de un pacto de exclusividad de la empresa transportadora con la demandada, como lo dio cuenta el dictamen pericial rendido por el auxiliar designado por el Despacho, destacándose en dicho informe la relación de otras empresas a las cuales le prestaba servicio Transgocel Ltda (Fl 339 Cdno Ppal), de allí que pueda complementarse a esta prueba la declaración del testigo Beben Gil cuando manifestó que los vehículos de la empresa demandante estaban a disposición de la demandada cuando ésta los requería o hacía la programación.

- **Prueba del daño: Incumbe a quien lo alega**

En punto de la responsabilidad contractual se recuerda que tal instituto está edificado en nuestro sistema jurídico bajo el principio de presunción de culpa consagrado en el artículo 1604 inciso 3° del C.C que previene: "... la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega...", y, la responsabilidad del deudor deriva de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (arts 1613, 1614, y 1615 C.C); con el agregado cierto de que la señalada responsabilidad supone necesariamente la constatación de un daño que deba ser resarcido por el responsable del incumplimiento de la obligación, o de su cumplimiento imperfecto, o, retardado.

Bajo ese camino argumentativo no le bastaba a la parte demandante acreditar el contrato, sino el incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada que le hubiere irrogado perjuicio o daño, aspectos que brillaron por su ausencia.

De todos modos, si en gracia de discusión se hubiere acreditado el incumplimiento por parte de la demandada, era deber también del demandante probar el daño, en este caso, que los recursos dejados de percibir en virtud de la terminación del negocio le hubieren irrogado un grave detrimento en su ámbito patrimonial, con repercusiones nefastas en el funcionamiento de la sociedad.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

RADICACION: 08-001-31-05-007-2014-00402-01 (57.532)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Falta de legitimación en la causa por pasiva/ Procesos contra el ISS

FECHA: Enero 31 de 2017

DEMANDANTE: Alvaro Julio Rodriguez Acosta

DEMANDADO: Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones

- **Legitimación en la causa como presupuesto procesal**

Según el objeto legitimado o su posición en el proceso pueden distinguirse la legitimación activa y pasiva.

- La activa corresponde al demandante y a las personas que posteriormente intervengan para defender su causa.

- La pasiva pertenece al demandado y a quienes intervengan para controvertir la pretensión del demandante.

Es por ello que el estudio de la legitimidad en la causa exige que el juez se percate de si el demandante y el demandado son, respectivamente, el titular del derecho cuya protección se invoca (legitimación en la causa por activa) y la persona correlativamente obligada a satisfacerlo (legitimación en la causa por pasiva).

- **Sucesor procesal del ISS en su condición de empleador**

Es sabido, que el Decreto 2013 de 2012 suprime el Instituto de Seguros Sociales ISS, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2148 de 1992, vinculado al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto Ley 4107 de 2011.

En consecuencia, a partir de la vigencia del Decreto 2013 de 2012, esta entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación "Instituto de Seguros Sociales en Liquidación".

El precitado decreto en los artículos 27 y 28, establecen que el sucesor procesal del I.S.S como empleador sería La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Así las cosas es claro entender que si se está reclamando un retroactivo de una pensión de jubilación otorgada por el "instituto de seguros sociales en liquidación" en su condición de empleador y no como administrador del régimen de prima media con prestaciones definidas, no es Colpensiones la entidad llamada a responder por la misma pues no se trata de aportes pensionales causados con bases en los acuerdos de seguros sociales, que son las normas que para efectos de dicha pensión se hubiesen podido tener en cuenta por Colpensiones en su calidad de administrador de régimen de prima media con prestación definida, así las cosas la entidad que adquirió el pasivo pensional del "instituto de seguro social en liquidación" en su condición de empleador fue La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Razón por la cual el a-quo declaró de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva

M.S: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO
RADICACION: 08-001-31-05-007-2013-00465-01 (57.294)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: Legitimación para interponer recurso de apelación/ Apelación adhesiva/ Pensión de vejez especial por alto riesgo/ Régimen de transición del Decreto 2090 de 2003/ Aplicación del Decreto 1281 de 1994

FECHA: Enero 24 de 2017

DEMANDANTE: Jorge Eliécer Guzmán Silva

DEMANDADO: Colpensiones y otro

- **Legitimidad para interponer recurso de apelación / Improcedencia de la apelación adhesiva en materia laboral**

El primer problema que surge resolver es el correspondiente a la legitimidad del litis consorte necesario para apelar la decisión de primera instancia, siendo que le fue favorable. Al respecto, tenemos que en sentencia del 6 de marzo de 2013, Rad. 38566, dijo la Corte Suprema de Justicia que: *"(...)De ahí que la doctrina sostenga que la legitimidad para interponer recurso en esta clase de procesos requiere no sólo la condición de parte sino de la existencia de un agravio derivado de la sentencia recurrida, de manera que la impugnación solo es dable entenderla y abordarla en este preciso marco, vale decir en cuanto la parte que utiliza el medio de impugnación busca precisamente que se enmiende la lesión que el acto recurrido le produjo, sin que pueda extenderla a otros aspectos o al gravamen impuesto a otro sujeto procesal, y ello delimita y fija los linderos de su interés"*.

En consecuencia, es obvio que no le asistía interés a MEXICHEM RESINAS COLOMBIA S.A.S. para apelar la sentencia de primer grado, mucho menos entender como lo hizo la juez que se trataba de una apelación adhesiva, toda vez que, como así lo ha dicho nuestro superior funcional, tal figura no existe en el ordenamiento procesal laboral colombiano: *"(...) Resuelto está por esta Corporación, de manera pacífica, que en el Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social se encuentra íntegra y expresamente regulado el recurso de apelación, en cuanto a oportunidad, trámite y sustentación, sin que se haya previsto la figura procesal de la apelación adhesiva, <que sí consagran las normas procesales civiles>, por lo que en manera alguna pueda entenderse que existe un vacío normativo en materia laboral y, por ello, resulte forzoso acudir a la aplicación de otras disposiciones por remisión analógica"* ¹. Se declarará entonces inadmisibile el recurso.

- **Aplicación del principio *iura Novit Curia***

Siendo lo anterior así, no cabe duda que se equivocó la inferiora al considerar que era beneficiario del régimen de transición contemplado en la norma antes

¹ AL-636-2013, Rad. No. 62027, auto del 26 de junio de 2013

enunciada y por lo tanto, le era aplicable el acuerdo 049 de 1990, que fuese invocado en la demanda. No obstante lo anterior, la Sala atendiendo el principio de “iura novit curia”², considera posible entonces estudiar el derecho con arreglo al Decreto 2090 de 2003.

- **Pensión especial de alto riesgo por exposición a sustancias cancerígenas**

Valoradas las probanzas en conjunto se tiene que evidentemente el accionante estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, es decir, si realizaba actividades de alto riesgo, ya que si bien de acuerdo al informe técnico elaborado por la ARL ALFA, allegado por la litis consorte necesario, se señala que la concentración del cloruro de vinilo y otras sustancias no sobrepasan el límite permisible, así como también de acuerdo a lo declarado por el señor Roberto Yoli Herrera tales agentes químicos no son manipulados por los trabajadores puesto que se trata de un proceso cerrado en el que el cloruro se transporta desde los tanques donde está confinado hacia unos tubos donde hace su bombeo y finalmente se obtiene el producto despachado a los clientes, no se echa de menos que en el mismo informe se dice que la materia prima para la producción del cloruro de polivinilo es el cloruro de vinilo monómero, el cual es comprobadamente cancerígeno, y además que de conformidad con el manual de funciones de los cargos desempeñados por el ex trabajador era el encargado de la supervisión de dichos procesos de producción, trabajo éste que se realizaba en un 90% en campo, es decir, directamente en las plantas de PVC, en las que según lo narrado por el señor Antonio Berastegui Segovia, quien ocupó el cargo de Superintendente de seguridad industrial o salud ocupacional, existían riesgos físicos, tales como: intensidad de ruido, riesgos químicos, inhalación de productos químicos, material particulado, etc; aunado a todo esto, los dictámenes de la EPS y las juntas de calificación de invalidez certifican que el demandante padece de asma no alérgica, la que es enfermedad profesional, y que muy a pesar de lo certificado en el informe técnico de ARL ALFA, no había duda que era producto de la exposición a intensidad de ruidos y a la inhalación prolongada de gases por el escape de agentes químicos en la empresa donde laboraba, dado que el cloruro de vinilo generaba trastornos pulmonares.

Es cierto que en algún tiempo se exigía la prueba de la dependencia de Salud Ocupacional del Seguro Social calificatoria de la intensidad de la exposición, su habitualidad y los equipos utilizados como lo disponía el parágrafo 1º del artículo 15 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pero ésta cuestión quedó superada por el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995; es más,

² consistente en aplicar las normas que regulan el derecho reclamado en cada caso concreto, así las partes hayan errado en la invocación del fundamento jurídico, de conformidad como la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia lo dejó decantado en sentencia del 13 de Marzo de 2.012, radicación No.42.578, M.P. Jorge Burgos Ruiz.

en sentencia SL 3476-2016, del 16 de marzo de 2016, Rad. 50841, la Corte Suprema de Justicia precisó que para la demostración de la actividad realizada como de alto riesgo no se requiere prueba solemne o ad substantiam actus, dado que en materia laboral hay libertad de pruebas, conforme el artículo 51 del CPTSS.

- **Reconocimiento pensional en aplicación de los Decretos 2090 de 2003 y 1281 de 1994**

En lo atinente a los requisitos para la pensión especial de vejez consagrados en el art. 3º ibídem, es claro que los 55 años de edad los cumplió el 15 de febrero de 2010, pero como quiera que solicitó la pensión especial al ISS el 15 de junio de 2011, fecha en la cual contaba con 1.488, 52 semanas, esto es, 488, 58 adicionales a las primeras 1.000, tenía derecho a una disminución de 8 años, pudiéndose pensionar a los 47, más como dicha disposición limitó la edad, contemplando que no podría ser inferior a cincuenta (50) años, no podría en principio pensionarse a los 47 sino en todo caso a los 50 que se alcanzaron el 15 de febrero de 2005. Pese a esto, no puede olvidarse que para efectos de la disminución de años se están computando las semanas sufragadas con posterioridad a la data en la que alcanzó los 50 años de edad, por lo que mal podría llegar a concederse la gracia retroactivamente a la misma.

No obstante todo lo anterior, atendiendo que la funcionaria de primer grado concedió la pensión especial desde el 1º de enero de 2011, ya que su última cotización al sistema fue en diciembre de 2010, mal podría hacerse más gravosa la situación de Colpensiones a favor de quien se está surtiendo la consulta en forma parcial.

Ahora por vía académica debe precisarse que en la sentencia de nuestro superior funcional del 15 de mayo de 2012, Rad. 37798, M.P. Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS se expuso que ante situaciones que presentan ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del ISS, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos, así no haya operado en rigor la mencionada desafiliación al sistema, como lo sería el caso de quien tiene satisfechas las exigencias legales que le permiten obtener anticipadamente la pensión de vejez, con la respectiva disminución de la edad, por estar expuesto a actividades de alto riesgo. Por consiguiente es visible que no le asistió razón a la juzgadora al aplicar el art. 13 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Frente al pago del aporte adicional del 6% por parte de MEXICHEM, desde 1994 (art. 5º), es claro que no se probó, por lo cual se condenará al mismo, dado que desde el Decreto 1281 de 1994 se exigía, aclarándose tal como se hiciera en la

sentencia ante citada, que tal obligación no está en cabeza del asegurado sino a cargo del empleador, y por tanto la omisión de éste último no puede perjudicar al trabajador que satisface los requisitos para adquirir su pensión especial.

M.S: Dra. NORA EDITH MENDEZ ALVAREZ
RADICACION: 08-001-31-05-015-2014-00072-00 (53.661)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: Pensión de sobrevivientes

FECHA: Diciembre 16 de 2016

DEMANDANTE: Universidad Autónoma del Caribe

DEMANDADO: Silvia Beatriz Gette Ponce

- **Pensión de jubilación: Monto de la prestación/ Transmisión del derecho**

Ha de observarse que, si bien el monto de la pensión reconocida al doctor MARIO CEBALLOS ARAUJO, por un lado correspondió al 100% de su salario como rector, y por otro supera el límite legal, este comenzó a regir solo a partir de la expedición de dicha Ley 71 de diciembre 19 de 1988 y la pensión del doctor Ceballos se reconoció a partir de enero de 1988, por lo que tampoco resultaba de aplicación dicha restricción.

Resuelto este aspecto, la Sala pasa al análisis de los incrementos de la pensión de sobreviviente, por ser este un aspecto neural dentro del presente conflicto, para lo cual se acude nuevamente al acto de reconocimiento de la pensión del causante _ Acuerdo 474-01 de 26 de enero de 1988- dado que, la prestación en cuestión ya había nacido en cabeza del doctor MARIO CEBALLOS ARAUJO, y al este fallecer se trasmite a sus beneficiarios, en las mismas condiciones, sin que sea dable o procedente cambiar la naturaleza o condiciones de ella, pues no se trata de una nueva prestación, sino de la transmisión de la ya concedida y disfrutada por el causante.

Lo dicho anteriormente, son además razones suficientes para descartar la argumentación de la demandante, en cuanto a la aplicación del acto legislativo 01 de 2015 y normas anteriores que restringen el monto de las pensiones, pues como ya se enuncio, en el presente caso, se trata una derecho adquirido conforme a leyes y reglas distintas a las invocadas por la demandante, por tal razón debe ser respetada e incluso por quien otorgo el derecho, porque una vez este entra al patrimonio del beneficiario se constituye en derecho adquirido.

- **Incrementos pensionales no autorizados por el Consejo Directivo del Alma Mater**

En Acta del Consejo Directivo No. 811 de noviembre 12 de 2010, presidido por la Rectora – hoy demandada, si se lee en el orden del día al final encontramos: Propositiones y varios. Y luego de una sola intervención, la de la rectora, se toman las Decisiones: (folio 779) y entre otras se dice textualmente: “Aprobó por unanimidad incrementar el salario de la rectora en un 14.25% retroactivo al 1 de octubre y en igual proporción la pensión que posee como beneficiaria del señor rector fundador Dr. Mario Ceballos Araujo”

Llama la atención de esta Sala que, a lo largo de dicha reunión, por ninguna parte de dicha acta del consejo se haya incluido, como tampoco se haya propuesto este punto en el orden del día, o se haya modificado el mismo, por lo que a juicio de esta Sala tal decisión resulta por lo menos vacía, sin apoyo, y en consecuencia altamente incongruente y sospechosa, dada la calidad de quien fue la única interviniente en dicho consejo y beneficiaria de dicha medida.

Lo que lleva la Sala a afirmar que, efectivamente se daba por parte de la demandada un manejo inadecuado del poder, el cual lo aprovechaba al interior del organismo rector para su propio beneficio, lo que lleva a concluir que la misma actuó de mala fe, para lograr el incremento de su pensión por fuera de lo dispuesto para la pensión del causante.

- **Pensión de sobrevivientes: Derechos adquiridos y Mala Fé**

En el presente caso, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes arguyeron que el monto de la prestación económica fue fijado por la universidad, por lo que se trata de un derecho adquirido legítimamente. Sin embargo, llama la atención de la Sala que sin justificación alguna el valor de la pensión aumentó de forma desmedida. En efecto, conforme al acuerdo que reconoció la jubilación al causante, su valor debía equivaler al salario o sueldo mensual del rector -y prueba de que ello fue así en vida del rector fundador es la constancia a folio 57-, empero, al cotejar la certificación de salario del rector, folio 805; los comprobantes de pago en BANCO DAVIVIENDA, folios 79 a 91; las solicitudes al Ministerio de trabajo, folios 336 a 338, 342, 364, 365; las constancias visibles a folios 543 a 546 y la certificación del revisor fiscal, folio 547, es evidente que la pensión de sobrevivientes era superior en más del doble a la remuneración mensual del rector. Por ejemplo, en 2013 el salario era \$44.993.171 y la pensión \$96.632.664; en 2011 el salario era \$42.342.125 y la pensión \$93.157.875; y en 2008 el salario era \$30.789.128 y la pensión \$67.736.079.

(...)

A partir de estos medios de convicción la Sala tiene por probado que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes obtuvieron injustificadamente el

pago de un monto excesivo por esa prestación económica, dinero que si bien recibieron de la universidad ello no legitima la irregular cifra.

Dicho en términos de la sentencia C-258 de 2013, el pago elevado no fue adquirido de buena fe en razón de que se trató del aprovechamiento de un incremento que contravino abiertamente los límites impuestos por la misma demandante a la pensión de jubilación del doctor Mario Ceballos al igual que al reconocimiento de la sustitución pensional; agravado por el hecho que GETTE PONCE, como rectora de la institución, tenía precisamente la función de cumplir y hacer cumplir los estatutos y reglamentos de la institución, como reza el artículo 39 literal a) del Estatuto general de la Universidad Autónoma del Caribe, folio 584, es decir, en este caso, velar y garantizar que el monto de la prestación a favor suyo y de sus hijos correspondiera al valor del salario del Rector. Por consiguiente, resulta demostrada la mala fe alegada por la Universidad recurrente.

- **Devolución de las sumas de dinero pagadas en exceso**

Es de recalcar por esta Sala que la devolución de las sumas de dinero en el sub judice es en razón de la demostración de mala fe. También conviene advertir que el valor a restituir debe corresponder a la diferencia entre las sumas pagadas como pensión de sobrevivientes y las que correspondían al salario del rector, habida consideración que ésta era la cuantía que la universidad se comprometió pagar desde 1988, cuando reconoció la jubilación al rector fundador, lo que configura una confianza legítima sobre esa cantidad a los beneficiarios de la pensión.

SALA PENAL

M.S. Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

RAD: 2016-00183-00

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia segunda instancia.

TEMA: Acto sexual con menor de catorce años: Demostración de la existencia y realización de la conducta por el procesado/Adecuación típica: Acervo probatorio demuestra la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable

FECHA: Lectura de fallo 23 de enero de 2017

ACUSADO: José Luis Mulleth Benítez

- **Acto sexual con menor de 14 años: Materialidad de la conducta/Acervo probatorio/ Juicio de responsabilidad penal**

En ese orden de ideas, la Sala estima que contrario a lo aducido por el recurrente, en el plenario se debatieron pruebas que llevan al convencimiento más allá de toda duda de la existencia del hecho y la responsabilidad penal, del enjuiciado, como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años.

Lo anterior, en virtud que: (i) la menor víctima declaró fuera y dentro del juicio oral, siendo coherente en sus relatos; (ii) el procesado fue sorprendido por la madre de la niña y un pariente, teniendo a ésta en el baño de su habitación, ubicada en el mismo pasaje donde la menor habitaba; (iii) las conclusiones del dictamen sexológico practicado por el médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que halló eritemas y enrojecimientos (recientes) en los genitales de la niña, coinciden con la versión de la menor, cuando apuntó que el procesado quiso introducir su miembro viril en su vulva y ella no dejó.

Así las cosas, el convencimiento más allá de toda duda de la responsabilidad del endilgado, proviene de la valoración probatoria en conjunto, teniendo más fuerza la declaración de los testigos directos y la prueba pericial, y si bien el recurrente se aqueja, de no haberse tenido en cuenta los testigos que aportó, la Sala observa que estos son de referencia, no obstante, el Juez de Primera Instancia los apreció, sin embargo, no derrumban la teoría del caso de la Fiscalía.

Por lo anteriormente expresado, la Sala acota que en el plenario quedó acreditado que el endilgado creó un espacio para no ser descubierto y aprovechar la oportunidad de realizar la conducta, toda vez que el actor venía ganándose la confianza de la menor, tanto así que la madre de la menor lo expresa aludiendo que el señor Jorge Luis Mulleth "molestaba a la menor perjudicada", de tal forma que cuando se le presentó la oportunidad efectuó el acto delictivo, por lo que aprovechó que era de noche y tomó a la fuerza a la menor y la tocó, acto que venía efectuando en pasadas oportunidades, sin que la madre tuviera conocimiento de lo actuado.

(...)

Así pues, esta Sala entrevé como conclusión de lo descrito que en el caso examinado se cumplen los estándares o premisas necesarias para que se constate la adecuación típica y prueba de los elementos del tipo, lo referido se observa diáfananamente en las declaraciones citadas, el dictamen médico legal y las demás pruebas aludidas ut supra, de tal forma que estas resultan coherente en los hechos explicados, en vista que las mismas convergen en establecer las referidas circunstancias de modo (el acusado se encerró con la menor en su habitación), (durante altas horas de la noche) y lugar (un pasaje), en igual sentido se vislumbra que en la valoración se logra establecer el nexo causal entre la ejecución de la conducta (actos sexuales con menor de catorce años) y el resultado (probado por el dictamen médico legal, el cual establece que la

menor sufrió un enrojecimiento en sus partes íntimas- indicativo de actos sexuales).

M.S. Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

RAD: 08-001-60-01-257-2015-00020-01 (2016-00391)

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto- Solicitud de preclusión

TEMA: Preclusión de la acción penal/ **Juez:** Prevaricato por acción y omisión/
Atipicidad de la conducta: Decisión judicial dirigida a realizar un control temprano de la demanda- **Auto que no libra mandamiento de pago**

FECHA: Febrero 3 de 2017

- **Decisión judicial prevaricadora requiere un contenido manifiestamente contrario a la ley**

De un lado, la Juez indiciada, el 10 de Junio de 2014, dentro de su competencia y sabiduría resolvió que: "SE RECHAZARÁ LA DEMANDA EJECUTIVA PRESENTADA POR JULIO DEVIA MENESES CONTRA PINTUREC S. A.", ello en virtud en que se concluyó que: "La conciliación presentada como título ejecutivo no hace deudora a PINTUREC S. A.", luego, "No es admisible la demanda presentada contra PINTUREC S. A., porque no aparece como deudora, circunstancia relevante para poder ser admitida como demandada" (Co. FGN. F. 149 y ss.).

Sobre lo anterior se denunció que, la Juez indiciada, incurrió en el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, contenido en el artículo 413 del Código Penal, que a saber enseña: "EL SERVIDOR PÚBLICO QUE PROFIERA RESOLUCIÓN, DICTAMEN O CONCEPTO MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY (...)".

(...)

Sentada las bases de lo que nos corresponde verificar, adviértase que, la operadora judicial anotó en su decisión tachada que:

"LA CONCILIACIÓN QUE LA LEY LE ATRIBUYE FUERZA DE COSA JUZGADA VINCULA A JULIO DEVIA, COMO ACREEDOR Y DE OTRA PARTE A CAPUT° & CIA. FABRICA DE PINTURAS LUMITON (SIC), COMO DEUDORA.

PINTUREC S.A., NO APARECE COMO LA MISMA CAPUTO & CIA. FABRICA DE PINTURAS LUMITON.

(...)

EL SEÑOR JULIO DEVIA DEMANDÓ A PINTUREC 5.. A. ACOMPAÑANDO TITULO (SIC) EJECUTIVO QUE NO VINCULA A ÉSTA COMO DEUDORA DE LO QUE DEMANDA." (Co. FGN. F. 149 y ss.). (El destacado es de la Sala).

(...)

En sintonía con lo decidido, se tiene que lo proferido por la indiciada, en su saber y entender se corresponden con las normas vigentes para aquél asunto, y es que además de que no se evidencia ningún yerro en cuanto a la inexigibilidad del título de recaudo, y es más, si lo hubiese, eso *per se* no constituye delito ninguno en apariencia, (...)

- **Revocatoria de la decisión judicial no implica la comisión del delito de prevaricato**

Es decir, aun en el caso de que la providencia de la indiciada aquí en este asunto resultare revocada por unas consideraciones jurídicas más o menos extensas o no, no quiere decir que prevaricó cuando hizo un juicio lógico de juridicidad, dentro de lo factible y razonable, sobre todo porque es una interpretación de que la nueva empresa, por tener una nueva razón social, independientemente si eran o no los mismos sociales. Esta es una interpretación factible, dentro del derecho, propuesta a su saber, esto es, a su juicio, a sus conocimientos, que no depende del todo de ella, ya que la demanda se incoa en contra de lo que en apariencia es otra empresa.

De modo que, esos juicios hipotéticos que hizo el denunciante, de cara a lo que debió hacer la indiciada, es decir, ora rechazar la demanda desde el inicio, o bien ponerla en secretaría para que el subsanara lo que correspondiera, bien pueden obedecer a que la determinación adoptada por la investigada resultó adversas a los intereses de su patrocinado, pero no por ello trasciende al ámbito penal, ni debió ser traído a este escenario.

- **Prevaricato por acción: No configuración de los elementos subjetivos del tipo penal**

De tal suerte que, la Colegiatura denota que hubo una decisión seria, con motivación por razones fácticas y en acopio a lo que interpretó, por lo que mal podría decirse que la decisión fue grosera o suficientemente bultosa para abarcar el apelativo de trasgresión manifiesta de la ley, luego entonces, sin el elemento subjetivo del tipo, erróneo sería afirmar que existió PREVARICATO POR ACCIÓN, máxime que, ni se conculcó un derecho ajeno y ni de forma mañosa se hizo una disquisición de las normas en las que afincó su decisión, sobre todo porque a efectos de que se constituya el delito por el que se denunció a la

funcionaria es indispensable la existencia objetiva de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado por la Ley (CSJ. SP. Rad. N° 18.031, entre otros).

Más aún, en el dolo típico debe coexistir conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la conciencia que con ellas se vulneraba injustamente el bien jurídico de la recta definición del proceso que le fuera puesta en conocimiento a la denunciada. Y, nada de ello se evidenció aquí.

M.S. Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉMEZ
RAD: 08-001-60-01-055-2015-04590-01 (2016-00153)

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto- Solicitud de Nulidad

TEMA: Aprobación de preacuerdos no pueden vulnerar el debido proceso, el principio de legalidad abstracta y las garantías fundamentales que reclama no sólo los imputados sino el mismo Estado Colombiano

FECHA: Audiencia de Enero 19 de 2017

ACUSADO: Marlón Alvarez Orozo

- **Audiencia de formulación de acusación: Antes de su agotamiento puede la Fiscalía realizar preacuerdos**

En el evento que nos ocupa solo se radicó el escrito de acusación y ello explica en forma lógica que siendo la acusación un acto complejo y compuesto en su desarrollo porque la audiencia pertinente abarca agotar diferentes etapas, que se activan con la radicación ante el juez de conocimiento del escrito de acusación. Es decir, que aquí no se completó el rigor procesal de la audiencia de formulación de acusación para agotar ésta y ello por se habilitaba al delegado fiscal para realizar preacuerdo con la defensa, con la posibilidad de conceder hasta la mitad de la rebaja de pena, esto si el acuerdo contempla solo esa hipótesis, pues la ley impide conceder doble beneficio.

- **Delitos que atentan contra la seguridad pública: Cuando existe concurso de delitos debe revisarse previamente las condiciones del preacuerdo**

Ahora bien, teniendo en cuenta que los hechos nacen de un allanamiento a un inmueble en donde se encontraron múltiples municiones y armas de uso privativo de las fuerzas armadas y de defensa personal, es oportuno señalar que ante la lesión al bien jurídico de la seguridad pública en forma homogénea y sucesiva en concurso heterogéneo no debió el juez de conocimiento aprobar el preacuerdo y dejar sin rasero investigativo, acusatorio o de eventual sentencia cinco (5) delitos que afectan la seguridad pública, como son aquellos que se

derivan del hallazgo en poder del acusado de seis (6) fusiles de uso privativo de las fuerzas armadas o por lo menos si consideraba que el preacuerdo fue parcial, dejar expresa constancia de ello o que tal situación fuera clarificada por la delegada fiscal, al momento de intervenir en la audiencia de aprobación del preacuerdo situación que no es clara o por lo menos esto así visto, permite una reflexión propia de una lesión a las garantías constitucionales.

- **La falta de identidad fáctica y jurídica entre escrito de acusación, preacuerdo y su aprobación generan nulidad**

Mientras que en el acta de preacuerdo de fecha 1 de marzo de 2016, a pesar de que se relatan unos hechos y que distan mucho de aquellos que fueron insertados en el escrito de acusación en cuanto que en este último se precisan unas municiones halladas en un saco de fique el cual contenía seiscientos ochenta (680) cartuchos o municiones para fusiles, se afirma que también se hallaron ciento ochenta y dos (182) cartuchos para fusiles, dejando una sensación de que en el escrito de acusación no se relacionaron las municiones en forma correcta. Pero más allá de esta discusión la falencia que gravita entre el escrito de acusación, acta de preacuerdo y sentencia, surge de cara a la congruencia que debe existir entre el suceso fáctico, la calificación jurídica de estos mismos y la sentencia abreviada que nace precisamente del preacuerdo.

(...)

Con este recuento histórico de los hechos y sabedores que el preacuerdo hace las veces de la acusación obligando al juez a respetarlo y manejarse con coherencia en la disertación que requiere una sentencia condenatoria de este cariz abreviado, la Sala, percibe que el juez de conocimiento se constituyó en un director del proceso penal, que por pasividad o sin escrutar en forma prolija la legalidad de los delitos, la pena y los hechos mismos lo aprueba y dicta una sentencia que no se explica desde la misma perspectiva del artículo 31 del Código Penal (...)

Esto fue lo que sucedió en este proceso penal, cuyos hechos fueron narrados por episodios y puestos de presente al imputado a quien se les explicó sus alcances y sus consecuencias, engastándolos la delegada fiscal de una manera clara y sin atisbo de equívoco en el artículo 365 y 366 de la ley 599 de 2000³, o lo que es lo mismo seis (6) delitos de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas* y un (1) delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones*.

³ Modificado por la ley 1142 de 2007, artículo 38 y 55. Modificado por la ley 1453 de 2011, artículos 19 y 20.

No obstante, en el acta de preacuerdo solo se imputan dos delitos: uno de *fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas* y otro de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones*, dejando sin explicación alguna la suerte de los otros delitos que tienen como marco tipológico o de estricta tipicidad – legalidad- el artículo 366 del Código Penal, además para mayor infortunio legal del preacuerdo se degrada la autoría del imputado en cómplice y se tabula o acuerda la pena a imponer a Marlon Enrique Álvarez Orozco, en setenta y dos (72) meses de prisión.

Es decir, que si bien es cierto que eventualmente es viable desde el punto de vista legal, la aceptación parcial de cargos por parte del imputado o acusado de conformidad con el artículo 353 de la ley 906 de 2004, algo tiene que suceder con el resto de conductas punibles que ni siquiera fueron objeto de inserción en el escrito de acusación y que exóticamente son tocadas estas conductas punibles desde el punto de vista de la narración de los hechos jurídicamente relevantes y sin embargo se hace caso omiso en la estructura de la calificación jurídica de estos hechos.

Luego, si miramos el artículo 351 ibídem, cuando señala que si hubiera un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituiría la única rebaja compensatoria por el acuerdo; pero extrañamente aquí tenemos varias: **1.** La variación de autor a cómplice, **2.** La imputación de dos delitos que lesionaron el artículo 366 y 365 del Código Penal, cuando los hechos permiten ver que se trató de siete delitos de esta mismo estirpe y naturaleza, **3.** El acuerdo sobre la pena a imponer – 72 meses-.

En esas condiciones el juez se armonizó en la aprobación del preacuerdo e impuso la pena sin hacer un escrutinio de cara a las garantías fundamentales, que como bien se dijo no solo son del indiciado, imputado o acusado, sino del mismo Estado colombiano ora de la sociedad que se vio afectada con estos comportamientos desde la óptica del peligro que genera el porte ilegal de armas, para aquellos que manejan su vida ordinaria de conformidad con las reglas de conducta vigentes.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

RAD: 08-001-22-04-0002016-00330-00 (2016-00425)

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de Tutela - Primera Instancia

Temas: Vulneración de los derechos fundamentales a la Vida, Salud, Libertad, Dignidad Humana, y Debido Proceso Administrativo del tutelante

FECHA: Enero 30 de 2017

ACCIONANTE: Odín Sanchez Montes De Oca, a través de agente oficioso

ACCIONADO: Presidencia de la República- Jefe de la delegación del Gobierno Nacional para los diálogos con el Ejército de Liberación Nacional y el Ejército de Liberación Nacional - Eln

- **Expectativas generadas por los diálogos de paz con el ELN no son objeto de protección tutelar**

Ahora, impartirle una orden por vía de tutela a una entidad institucional o que hace parte del Gobierno (Comisión de Paz) que hasta la presente o dentro de este asunto no ha violado ningún derecho fundamental, pero que la determinación tendría el objeto indirecto y supuesto de que al entorpecerse los diálogos de Paz, se habría de causar una presión sobre los miembros del ELN y/o su cúpula sobre el supuesto también de que estos sujetos o personas tienen un interés directo y decidido en la iniciación y desarrollo de estos diálogos, comporta un planteamiento que solo abarca como se dijo el plano de las “suposiciones” y la tutela definitivamente no puede ser utilizada con ese propósito casi que de carácter maquiavelístico.

- **Acción de tutela no es el mecanismo procesal para recuperar la libertad por parte de secuestrado por el ELN**

Es decir, no se le puede dar una orden con el objeto supuesto de proteger un derecho fundamental a quien no lo ha violado y no ha amenazado violarlo. Las órdenes judiciales de tutela tienen que ser directa y concreta en contra de quien dañó o violó un derecho fundamental o amenaza violarlo en forma puntual y para que lo repare o se abstenga de dañarlo, y la orden al ELN para que libere a ODÍN SÁNCHEZ MONTES DE OCA no tiene sentido por vía de tutela, puesto que es la misma constitución y la Ley la que de por sí determina que el Sr. MONTES DE OCA, tiene derecho a gozar de su libertad, sin necesidad de que la tutela lo diga, pero además el remedio judicial contra el atentado de este derecho que se convierte en delito es la actuación y proceso penal, en consecuencia existe una vía judicial expedita para la protección de estos derechos, puesto que si no les importa la pena de cincuenta años de cárcel por secuestro, poco podría importales el arresto de cinco o diez días que pudiera generar el incumplimiento de una tutela.

Por lo tanto impartir la orden al ELN de liberación de MONTES DE OCA, carece de sentido dentro de esta acción, siendo que existe un trámite judicial mucho más

persuasivo y directo como lo es la actuación penal ordinaria que suple con creces el trámite tutelar, y como viene dicho, tampoco resulta viable imponerle una orden al gobierno puesto sin lugar a dudas el Gobierno en este caso no es el violentador del derecho fundamental.

Tampoco puede negarse la posibilidad aquí, de que en efecto la tutela en caso de fallarse a favor de las pretensiones del accionante, tuviera todo el resultado contrario a los derechos fundamentales del afectado, esto es que como el juez constitucional se le ordenara al Gobierno, no iniciar los diálogos y que por esa orden los mismos no se inicien, cabe dentro de las probabilidades que el ELN, simplemente se radicalice más, y decida que al no haber diálogos, menos aún abandonarían sus acciones subversivas de guerra y delictivas, que son común de su habitual actuación, es por ello que la tutela no puede implementarse con propósitos indirectos y/o colaterales o de carambola como se sugirió al principio de estos últimos párrafos.

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
RAD: 2017-00021

TIPO DE PROVIDENCIA: Habeas Corpus – Segunda instancia

Temas: Libertad por vencimiento de términos: Necesidad de agotar todos los medios judiciales

FECHA: Enero 27 de 2017

ACCIONANTE: Aldo Tulio Trujillo Tordecilla

ACCIONADO: Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

- **Vencimiento de términos: No es posible proteger el derecho a la libertad sino se han agotado los recursos judiciales/ Actuaciones dilatorias impiden conceder la solicitud a través del habeas corpus**

En este contexto, se tiene que si bien el señor Darío Manuel Bolívar Díaz, acudió al Juez de Control de Garantías para solicitar la libertad por vencimiento de términos, según los medios de prueba aportados a la presente acción y de la misma petición, se desprende que el defensor no apeló el auto mediante el cual le negaron tal invocación, de modo que no ha agotado todos los medios judiciales que ha tenido a su alcance.

Sin embargo, se en gracia de discusión se aceptara que el libelista ya acudió a todos los recursos, se tiene que revisadas las actas de audiencias del trámite ordinario, se colige claramente que los aplazamientos han sido solicitados por la defensa técnica, unas veces aludiendo “un posible preacuerdo”, otras porque no compareció, y también porque señaló una búsqueda de testigos para su teoría del caso y una reparación a la víctima.

Es decir, que el abogado del proceso penal, doctor Guzmán Isidro Fernández Peña, y quien vale resaltar no es quien representa al encartado en esta acción constitucional, ha venido presentando maniobras que buscan un vencimiento de términos, que no solamente entorpecen la administración de justicia, sino que trasgrede las garantías constitucionales de su prohijado, quien merece le sea proferida una sentencia sin dilaciones injustificadas.

Así pues, aunque hayan transcurrido más de 120 días, recuérdese que el párrafo del artículo 317 señala que *“cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas”*.

En consecuencia, como el defensor no apeló la determinación mediante la cual le fue negada la libertad por vencimiento de términos a su representado y además, porque puede acudir nuevamente sí lo desea ante el Juez natural, sumado a que se avizoran maniobras dilatorias del abogado Fernández Peña, no queda otro camino que confirmar la decisión de primer nivel.

LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la Relatoría.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en el presente boletín, a través del link relacionado en cada una de las citas de las providencias. Cualquier tipo de observación, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
