



BOLETÍN No. 52

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Septiembre - Octubre de 2017

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Radicación: 08001-31-53-016-2016-00171-01/ 40.534

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Responsabilidad civil por accidente de tránsito: Deber objetivo de cuidado en la conducción de vehículos automotores/ Maniobras de adelantamiento/ cambio de carril/ No deben entorpecer el normal tráfico ni colocar en peligro a los demás transeuntes/

FECHA: Septiembre 13 de 2017

DEMANDANTE: José Trinidad Ávila Gómez

DEMANDADO: Generali Colombia Seguros Generales S.A. y Alex Francisco Seba Roperó

Extractos: “En primera medida, el señor José Rafael Maldonado Castro, quien conducía la motocicleta, precisó lo siguiente:

“(…) Íbamos en la calle 17, al llegar a la carrera 38, el semáforo se encontraba en rojo, hago el pare, dejo que pase a verde, doblo a mano derecha y sigo en la vía, pongo el direccional izquierdo para hacer el cruce hacia la calle 10, voy bajando por la 38 y hago el cruce hacia la calle 10, no sé en qué momento, porque esa calle por allí está mala, me enviste un carro, me golpea por detrás, íbamos a baja velocidad, no íbamos a alta velocidad. Este carro trata de sobrepasarme, golpeando la parte de atrás; me tumba con el señor que llevo en el vehículo, caemos al piso, yo salgo disparado, pero sin lesiones y el señor queda tendido en el piso con la motocicleta bajo de su pie.”

La anterior declaración coincide con el Informe Policial de Accidente de Tránsito, específicamente con el croquis contenido en éste, a partir del cual se deja entrever que efectivamente la motocicleta se disponía a realizar un giro a la izquierda para tomar la calle 10, cuando en una maniobra de adelantamiento ejecutada por el vehículo de placas GNP 037, enviste a quienes transitaban en la motocicleta. Valga decir que con su actuar, el conductor del vehículo de placas GNP 037, infringió las disposiciones de contenidas en el artículo 60 del Código Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, relativas a la circulación de vehículo por un solo carril y referentes a la ejecución de

maniobras de cambio de carril y adelantamiento. Así, la disposición referida, expresamente, instituye lo siguiente:

"OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS. Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.

PARÁGRAFO 1o. Los conductores no podrán transitar con vehículo automotor o de tracción animal por la zona de seguridad y protección de la vía férrea.

PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones".

Así las cosas, el conductor del vehículo automotor de placas GNP 037, al momento de cambiar de carril con el propósito de realizar la maniobra de adelantamiento, debió tomar las precauciones del caso, no solamente en el sentido de anunciar su intención a través del accionamiento de las luces direccionales, sino también guardando la distancia correspondiente o inclusive esperando que el motociclista ejecutara completamente y giro, para proceder a adelantar. Al advertirse de igual forma, que el demandado ALEX FRANCISCO SEBA ROPERO no guardó la distancia prudente entre el vehículo que conducía y la motocicleta, el mismo infringió las disposición establecida en el artículo 108 del Código de Tránsito y Transporte Terrestre, relativas a la distancia que deberá guardarse entre vehículos que transiten en el mismo sentido, la cual expresamente establece lo siguiente:

La separación entre dos (2) vehículos que circulen uno tras de otro en el mismo carril de una calzada, será de acuerdo con la velocidad.

Para velocidades de hasta treinta (30) kilómetros por hora, diez (10) metros.

Para velocidades entre treinta (30) y sesenta (60) kilómetros por hora, veinte (20) metros.

Para velocidades entre sesenta (60) y ochenta (80) kilómetros por hora, veinticinco (25) metros.

Para velocidades de ochenta (80) kilómetros en adelante, treinta (30) metros o la que la autoridad competente indique.

En todos los casos, el conductor deberá atender al estado del suelo, humedad, visibilidad, peso del vehículo y otras condiciones que puedan alterar la capacidad de frenado de éste, manteniendo una distancia prudente con el vehículo que antecede.

De conformidad con todo lo anterior, la Sala puede determinar indefectiblemente que la acción del conductor del vehículo automotor de placas GNP 037, constituye la causa adecuada y exclusiva del daño, toda vez que era previsible que a partir de la maniobra realizada por éste se suscitara el siniestro que finalmente se materializó.

Valga precisar además que en cabeza de la parte demandada, se encontraba carga probatoria de demostrar que el daño se había producido por cuenta de una causa extraña, a saber, fuerza mayor o caso fortuito, culpa o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, sin embargo ésta – la demandada- adoptó una actitud probatoria pasiva en el ejercicio de demostrar la ruptura del nexo causal. Si bien es cierto, la demandada alegó como causal de exoneración de responsabilidad, el hecho o la culpa de un tercero en particular del conductor de la motocicleta, lo cierto es que no existe medio de prueba alguno tendiente a demostrar que la conducta desplegada por el señor JOSÉ RAFAEL MALDONADO CASTRO –como conductor de la motocicleta, influyera en la causación del accidente y consecuentemente del daño.

En lo que respecta al hecho de que las motocicletas deben desplazarse por la derecha, la Sala debe precisar lo siguiente:

No es cierto que las motocicletas deban circular exclusivamente por la derecha, sino que éstas deben hacerlo por un solo carril, respetando las líneas de demarcación, y atravesando los carriles, solo para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce. Lo anterior, de conformidad con las disposiciones establecidas en los artículos 60, 68 y 96 del Código de Tránsito y transporte terrestre.

Así, el numeral 1º del artículo 96 de la ley 769 de 2002, establece que las motocicletas se sujetarán a las siguientes normas específicas:

“1. Deben transitar ocupando un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60 y 68 del Presente Código.”

A su vez, el inciso 1º del artículo 60 instituye que *“Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.”*

De esta forma, se reitera que las motocicletas podrán transitar por un solo carril, indistintamente que sea el derecho o el izquierdo, siempre que respete las reglas propias para la circulación en los carriles demarcados, sin realizar zigzagüeo y atendiendo a las velocidades permitidas en cada carril, conforme lo establecido en el artículo 68 del Código de Tránsito de y Transporte.

En el mismo, sentido, la demandada, argumentó que con su conducta de abandonar el centro médico, el demandante incidió en la causación del daño, no obstante no se encuentra medio de prueba al interior del proceso que permita determinar la incidencia del actuar del señor Jose Trinidad Ávila en la

materialización del daño, el cual ya se había consumado al momento en que éste deja la clínica.

Así las cosas, al determinarse como causa adecuada y exclusiva del daño la conducta desplegada por el conductor del vehículo automotor, surgiría para la parte demandada la obligación de reparación. Valga aclarar en este punto, que la declaración de responsabilidad directa procede específicamente contra el demandado Alex Francisco Seba Roperó, mientras que la Aseguradora demandada debe responder de manera subsidiaria y no solidaria, como erróneamente se estableció en la primera instancia. Respecto a lo anterior, valga traer a colación la disposición establecida en el artículo 1133 del Código de Comercio, el cual expresamente consagra lo siguiente:

En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador

Aunado a lo anterior, valga precisar que las obligaciones solidarias solamente pueden tener su origen en la convención hecha entre las partes, en la ley o en disposiciones testamentarias. Lo anterior, de conformidad con el inciso final del artículo 1568 del Código de Comercio, (...)"

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Declara civilmente responsable al demandado. Condena al pago de lucro cesante y perjuicios morales. Adiciona condena a la aseguradora al pago hasta la cobertura de la póliza constituida por el demandado. Confirma en lo demás.

M.S: Dra. LUZ MYRIAM REYES CASAS

Radicación: 080013103010-2012- 00027 -01/ 40.226

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: SERVIDUMBRE DE CONDUCCIÓN ELÉCTRICA: Se advierten los elementos configurativos de la responsabilidad civil/ PERJUICIOS MATERIALES: Condena por los irrogados al actor en razón a la limitación a que fue sometido por la empresa de servicios públicos/SALVAMENTO DE VOTO: El presente asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

FECHA: Septiembre 29 de 2017

DEMANDANTE: Luis Gabriel Castillo Meza

DEMANDADO: Electricaribe S.A E.S.P

Extractos:

“Ahora bien, frente a la estimación de los frutos realizada por el *a-quo*, en cuanto a que hasta antes de la servidumbre brilló por ausencia prueba de los cultivos, lo que según el recurrente es confuso al ser evidente la ausencia de los mismos; dicho planteamiento bajo la égida de la cuantificación del daño, no fluye desproporcionado si se atienden las razones que se deben tener en cuenta

a fin de determinar cuáles inversiones se venían haciendo en el terreno censurado *ex ante* y *ex posteriori*, pues ello servirá de báculo para establecer los cambios sobrevinientes con ocasión del nacimiento del gravamen, cuya apreciación monetaria permitiría ver la variación en los ingresos o presupuesto del demandante; carga que indefectiblemente está radicada en el promotor, que deviene en incumplida porque no dio un valor concreto de tales erogaciones antes del 2003.

De otro lado, en lo que respecta a la empresa criticada, quien anunció su desacuerdo acerca de la configuración del nexo causal y el daño, y de éste no fue especificado una fecha de ocurrencia; en torno a ello, es evidente que por la imposición de un gravamen como lo es la servidumbre, de entrada se está exponiendo al propietario a una limitación en el uso de una zona del predio en cuestión, dado que en tal lugar, por obvias razones, resultaría inviable la generación de productos agrícolas.

Dicho con otras palabras, la instalación de la aludida carga en el territorio del demandante, le causa ostensibles perjuicios en tanto le es imposible explotar el fundo para actividades del campo o arrendar la parcela afectada; por supuesto, pensar lo contrario significaría que ante la disposición de una restricción como la aquí planteada, se pueda seguir haciendo inversiones y generando utilidades, lo que a todas luces es ilógico. Respecto a ello, el Consejo de Estado en sentencia de 24 de octubre de 2016, en un caso de responsabilidad estatal explicó que *"...si bien las empresas y/o entidades encargadas de la prestación de servicios públicos tienen la facultad de imponer servidumbres sobre bienes inmuebles, **lo cierto es que los propietarios, poseedores o tenedores afectados tienen derecho a ser indemnizados, tal como lo disponen las Leyes 56 de 1981 y 142 de 1994.**"*

En ese orden, luce incuestionable que los postes de energía eléctrica criticados, fueron adquiridos por la Electrificadora del Caribe, e instalados en la heredad denominada *"los Muchachos (...) no. 18"* en el año 2003 como dejan ver los testimonios de Victor Contreras, obtenido en la diligencia de inspección judicial (fl.208) y que es reafirmado por el señor Luis Gabriel Castillo Meza, durante el interrogatorio de parte; el primero, al efectuar una descripción de la servidumbre manifestó que se trata de una *"red (...) de 179 metros"*, y al ser habitante contiguo señaló que *"... el espectro electromagnético afecta el cultivo de ñame, maracuyá..."* siendo inviable la siembra de alimentos; entonces, desde la mentada fecha ya estaban ubicando las aludidas redes, sin que se observe prestación remuneratoria alguna a partir de ese momento. Desde luego, esa fue la compañía que finalmente tuvo en su poder dichos cables por compra que le hizo a Electrocosta (fls. 120 a 135); luego, la referida sociedad fue la única que puede hacer uso de tales servicios por ser la

prestadora del mismo, operación económica de la que se lucraba, sin que se vislumbre recaudador distinto, lo que deja ver el vínculo de causalidad.

Es más, solamente a esa entidad podría atribuírsele la gestación de las condiciones que hicieron más gravosas las calidades del bien debido a que era la única en la zona con tal servicio, aunado a que es sabido en fincas de esa naturaleza, están presente la ondas “*electromagnéticas*”, las cuales afectan la vida del entorno, aseveración compartida por los declarantes Eli Fernando Hernández Palencia y Leider Sierra Palencia (fl.253), que en sus deponencias señalaron que los predios cercanos a las torres sufrieron los efectos de la irradiación eléctrica; por ende, el mentado servicio repercute en los alrededores de la población circundante, produciéndose una grave afectación.

Tan cierto es lo anterior que en temas como el ventilado, el ordenamiento colombiano lo amparó a través de las leyes 56 de 1981 y 142 de 1994, las cuales contienen el trámite para legalizar las plurimencionadas servidumbres con una automática reparación; no obstante, dicha pretensión en modo alguno ha sido esgrimida por la demandada, pero ello no es óbice a fin de resolver sobre los daños reclamados por el señor Castillo Meza, quien está legitimado para tal efecto, habida cuenta de la falta de diligencia de Electricaribe S.A E.S.P.

No puede perderse de vista, que en el informativo no hay prueba indicativa que se haya llegado a un acuerdo acerca de la imposición de la mencionada conducción eléctrica, ni demanda judicial en tal sentido, permitiendo plantear la inobservancia de los artículo 18 de la ley 126 de 1938, 25 de la ley 56 de 1981 y 142 de 1994, es decir, que la Electrificadora del Caribe incumplió con su deber de hacer efectivo a través de la referida pretensión el establecimiento de la limitante y resarcimiento a favor del aquí gestor; de lo que se infiere una servidumbre “*de facto*”, falencia que se le enrostra a la cuestionada.

Luego claramente, sí se estructura un hecho dañoso, un nexo de causalidad y un perjuicio; así, el detrimento en el patrimonio del actor sí emerge acreditado por cuanto en la “*parcela no. 18*”, desde el 2003 no pudo ejercer actividad monetaria, como por ejemplo sembrar “*maracuyá, yuca, ñame, ají, entre otros...*”, labores que le hubiesen podido representar una suma dineraria para su subsistencia, fluyendo como una disminución en su estipendio, pues la zona estropeada tenía la aptitud de ser comerciable por ser rural, además, de cualquier otra actividad que dentro del mundo real tenga fines mercantiles.

En esa línea, refulge el compromiso resarcitorio del extremo pasivo cuya tasación estimó el *a-quo*, en \$8.625.600 actualizable con el IPC; que atendiendo criterios de equidad, luce razonable en tanto, dicha suma fue soportada en el dictamen pericial recaudado (fls. 215 a 217) rubro derivado de la multiplicación

de los 179 metros lineales por 32 ancho, que aunque no coinciden con la demanda, sí fueron verificados en la inspección judicial por el funcionario que la efectuó, así como por el perito designado, a más que durante tal diligencia nadie se opuso a tales medidas.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene SALVAMENTO DE VOTO proferido por la Dra. Guiomar Porras del Vecchio, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

“Ahora, la suscrita es del criterio, que deben negarse las pretensiones de la demanda, por no ser un asunto que deba ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, sino, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme pasa a explicarse.

Si bien en la sentencia suscrita por la mayoría de la Sala, invoca como precedente aplicable, dos decisiones emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a las cuales, es esta jurisdicción la que debe conocer de estos asuntos, es preciso mencionar, que la posición de esa Alta Corporación ha sido tanto en un sentido como en otro, de modo que, en algunas decisiones se ha considerado ventilable el asunto ante la jurisdicción contencioso administrativa, como en otros, que ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil.

Es por ello, que se torna necesario hacer un análisis de la línea e incluso, establecer un criterio con base también, en decisiones adoptadas por las otras Altas Cortes, como lo es las H. Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Así por ejemplo, existen decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, verbigracia, las de marzo 9, marzo 18 y abril 15 de 2015, de acuerdo con las cuales, la determinación de la jurisdicción ante la cual debe tramitarse el asunto, no se hace partiendo de la denominación que la parte actora le haya dado a su demanda (nomen juris), sino la pretensión real que en ella se eleve.

De este modo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la providencia de abril 15 de 2015, reiterando la postura trazada en las otras premencionadas decisiones, abordó el recuento histórico de la controversia en la que incluso, se ve inmersa la Sala de Decisión que conoció del presente proceso.

Para ello, decantó que en época primera, para la determinación de la jurisdicción, se atendía a criterios orgánicos, de acuerdo con el artículo 82 del entonces vigente Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), de forma que, cuando se tratara de sociedades de economía mixta, resultaba necesario establecer el porcentaje accionario estatal, y así, si más del 50% correspondía a una autoridad administrativa o ente del Estado, la jurisdicción contencioso administrativa era la que debía conocer de los conflictos que con ella se suscitaran.

Así, citando a la Corte Constitucional en sentencia T-390 de 2012 y esta a su vez a la Corte Suprema de Justicia, se dejó sentado que ésta última Corporación aplicó dicha postura hasta los años 80, posterior a los cuales, comenzó a aplicar el criterio material, y así, consideró en su momento, que la jurisdicción ordinaria en materia civil, era la

competente para conocer de los asuntos relativos a la posesión, la ocupación de hecho y las indemnizaciones que de ellas surgieran.

Así, la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia, destacó (...) *"Esta posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, admite que mediante la acción reivindicatoria se autorice la compensación directa del valor del bien indebidamente ocupado por el Estado cuando se destina a un servicio pública o utilidad pública sin necesidad de aplicar la "reivindicación ficta". No obstante, si en últimas lo que la jurisprudencia civil esta reconociendo por vía de la acción reivindicatoria es la indemnización patrimonial a cargo del Estado, para la Sala resulta evidente la usurpación de competencias que legalmente le fueron atribuidas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, pues en rigor al no existir posibilidad material de restituir la posesión del bien ocupado es a esta Jurisdicción a quien corresponde reparar el daño antijurídico causado por la ocupación permanente de bienes privados para el desarrollo de trabajos públicos. Reparación que no incluye otra cosa que la compensación del precio del bien, así como de los perjuicios ocasionados con ocasión de la ocupación."*

Partiendo de tal análisis, el Consejo Superior de la Judicatura, en la providencia de abril 15 de 2015¹, reiterando la posición adoptada en la de agosto 27 de 2014², indicó que en estos eventos se trata de ocupaciones de hecho por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios, sobre bienes privados, con el fin de asentar obras o trabajos públicos destinados al uso público o al interés general, lo que hace inviable la restitución efectiva de la posesión a su propietario, por lo que procedente la solución procesal especial prevista en el artículo 86 del CCA, esto es, la acción de reparación directa.

Ahora bien, en providencia reciente de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia (STC12437-2016), se indicó que anteriormente se sostuvo el criterio sobre la aplicación analógica de la acción reivindicatoria del artículo 995 del Código Civil, cuando se persigue la indemnización por la ocupación de hecho en que incurren las entidades estatales o empresas de servicios públicos domiciliarios, criterio que claramente indicó, se veía en la obligación de abandonar y rectificar.

Ello pues, la acción que se intenta está desprovista del carácter restitutorio y se encamina específicamente a la indemnización que de esa ocupación emerge, para así, obtener el precio que el demandante aduce merecer; ello pues, ante la imposibilidad de la restitución física de la cosa.

(...)

En ese caso, partiendo entonces de la aplicación de los precedentes citados y de la improcedencia de la indemnización ante la jurisdicción ordinaria, considera la suscrita que debió declararse la nulidad de lo actuado y ordenar la remisión del proceso al reparto entre los jueces administrativos, con el fin que sean estos los que conozcan su existe o no lugar a la misma."

DECISIÓN: Modifica sentencia. Condena por daño emergente por los perjuicios ocasionados por la imposición de la servidumbre. Confirma en lo demás.

¹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Providencia de abril 15 de 2015. Rad. n°. 110010102000201500648 00. MP: Néstor Iván Osuna Patiño.

² CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Providencia de agosto 27 de 2014. Rad. n°. 110010102000201400726-00. MP: Néstor Iván Osuna Patiño

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA PATRICIA PIZARRO TOLEDO

Radicación: 08-001-31-05-015-2014-00372-01/55294

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES: Prueba de la existencia del vínculo marital cuando quien solicita la prestación económica aduce la doble condición de hija y compañera permanente del asegurado fallecido/ **HIJO DE CRIANZA:** Resulta ser beneficiario de la sustitución pensional de quien en vida fungía como su abuelo, independientemente de si era padre consanguíneo o de crianza

FECHA: Octubre 3 de 2017

DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN CÁSSERES VALDEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

Extractos:

“El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, aplicable al caso en concreto por ser la norma vigente al momento del deceso del pensionado, acaecida el 29 de enero de 2010³, destaca dos situaciones diferentes respecto de quiénes tienen derecho a la pensión de sobrevivencia: Los miembros del grupo familiar del pensionado y los del afiliado al sistema que fallezcan. Entonces es claro que en el presente asunto no se trata de la generación de una prestación nueva o diferente sino la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que se le reconoció y disfrutó su titular LUIS ALBERTO CÁSSERES CÁSSERES, la cual está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos diseñados para su sustitución <artículo 13 de la Ley 797 de 2003>.

Ahora, la discusión se centra en varios aspectos que resultan relevantes para el proceso, por ejemplo, que quien alega la condición de compañera permanente del causante también se presenta como hija de éste⁴, situación que requiere de un especial juicio por tratarse de un escenario completamente atípico, anormal, sui generis, conducta o comportamiento que, además, se encuentra tipificada por el Código Penal Colombiano como delito contra la familia⁵, pero que en todo caso habrá que examinarse bajo la lupa y condicionamientos legales para quien se presenta como miembro del grupo familiar del de cujus. Además, y no menos relevante, la actora actúa igualmente en este proceso en representación de su hijo menor de edad también como hijo del causante, por lo que de

³ Como se observa en el registro civil de defunción a fl. 13, y como igualmente se consigna en el acto administrativo a fl. 22

⁴ Tal como se señala en el acto administrativo a fls. 22-24

⁵ Artículo 237: Del incesto

igual manera se requerirá de especial cuidado. No está demás señalar que está por fuera del debate probatorio, además de la muerte del causante, su condición de pensionado a través de la Res. N° 2419 de 1996⁶.

(...)

Pues bien, luego de un análisis juicioso, concienzudo, y visto con detenimiento cada uno de los testimonios recaudados en conjunto con el restante material documental obrante en el expediente, y además teniendo como sustento los precedentes jurisprudenciales de nuestro superior funcional respecto de la convivencia efectiva y real -único requisito exigido para este evento⁷- se llega a la conclusión que entre la demandante, MARÍA DEL CARMEN CÁSSERES, y el señor LUIS ALBERTO CÁSSERES ESTRADA no existió la convivencia marital continua e ininterrumpida, real y notoria que efectivamente reclama la ley, no se observó esa necesidad de mantener activo un vínculo mediante el auxilio mutuo en el sentido amplio de la expresión, que es lo comprende la convivencia marital, es decir, entendida como un acompañamiento espiritual constante, económico y de vida en comunidad, incluso mediando separación por circunstancias ajenas a sus voluntades, como, por ejemplo, la falta de medios económicos o bien por oportunidades laborales, pero que no quede duda alguna de la necesidad de servicio mutuo, de la vida en pareja, marital.

Por el contrario, las pruebas no lograron desligar el vínculo familiar, paternal, de aquellos⁸, barrera que primordialmente debía derrumbar la parte enjuiciante, porque la sola condición o existencia del vínculo paterno viciaba el estado de compañeros permanentes que se alega. Y es que los testimonios recaudados no cumplieron el cometido con el que fueron llamados, pues brillaron las ligerezas de sus afirmaciones, incoherencias, indecisiones y la falta de conocimiento directo o total -como en algunos- de las circunstancias de tiempo y modo; no lograron diferenciar el trato normal y común, el comportamiento habitual de un padre hacia una hija o viceversa, verbigracia la manutención, acompañamiento, muestras de afecto y cariño recíproco, convivir, y en lo poco que coincidieron y del cual derivaron la relación marital fue precisamente en ese convivir, más ninguno dio fe de la relación de hecho de compañeros permanentes. Por ejemplo, la testigo ALTAGRACIA PARRA DE VÉLEZ pese a residir a 3 casas de la de la actora y conocer a la familia por más de 35 años, no los visitaba, todo lo que sabe fue de oídas, rumores de barrio o cuadra, textualmente dijo no constarle la convivencia marital pero que la suponía porque vivían juntos: el varón proveía todo y la joven demandante lo atendía, justamente lo que acabamos de señalar. La testigo FABIOLA POTES DE MARICHAL habita la casa de al lado de la actora, y al igual que la deponente

⁶ Así lo consigna el acto administrativo 0014201 de 2010 (fl. 22-24)

⁷ Por ejemplo, las sentencias del 10 de mayo de 2007, Rad. 30141, 02 de agosto de 2007, Rad. 29526, y del 22 de noviembre de 2011, Rad. N° 42792.

⁸ Calidad que fue acreditada administrativamente con el registro civil de nacimiento de la demandante, según consigna la resolución a fl. 22 a 24.

anterior, todo lo supone o lo sabe por rumores, fue la más indecisa, vacilaba en sus respuestas, con la mirada siempre fija hacia donde se ubicaba la parte demandante como buscando guiños o respuestas, con evidentes contradicciones tales como que no evidenció trato distinto al paternal y más adelante respondía que sí eran parejas. Por su parte, ALEXANDER BALLUT LOZANO dijo residir al frente de la actora, que escuchaba directamente al señor LUIS CÁSSERES referirse sobre el tema de su relación marital con los padres suyos, la cual veía de forma natural, sin embargo nunca vio un trato diferencial de compañeros permanentes; también –al igual que los anteriores- deriva la convivencia por el hecho de que aquellos convivían juntos y que además el hijo de la actora se parecía mucho a aquel, agregando que esa situación – marital- era de puertas para adentro, lo cual le resultaba imposible conocer, no obstante que si conoce –extrañamente- que los esposos LUIS y OLGA CÁSSERES (padres de la demandante) ya no tenían vida marital. Por último, la deponente CARMEN ROSA GAMARRA poco o nada informó, fue monosílaba en sus respuestas, a pesar de considerarse amiga de la actora y de ser su inquilina; igualmente se contradijo al manifestar conocer el vínculo familiar de la demandante con su supuesta pareja, pero más adelante respondió sobre lo mismo diciendo que no lo sabía, o que la relación inició en 1996 y posteriormente no lo recordó. De otro lado, sorprendió del interrogatorio de parte la afirmación de que su padre no lo era biológicamente sino de crianza, y que esa relación de pareja de los padres inició en el año de 1960. Pero se sabe que la demandante nació en julio de 1968, es decir, que si no es hija de quien funge como su padre, se podría entender que fue fruto de otra relación cuando su madre hacía vida marital con aquel, quien en últimas la crió; sin embargo, no podríamos llegar a una conclusión en el sentido que pretende la parte actora, pues el reconocimiento que la ley hace al señor CÁSSERES de padre de la demandante no fue objeto de debate en este proceso, tampoco sería el competente para tramitarse, ni mucho menos tenemos prueba científica que indique lo contrario.

Todas estas dudas y confusiones de los declarantes sobre la supuesta convivencia marital alegada, quienes además la entienden como la determinada por la cohabitación locativa, donde el techo es el elemento imprescindible de la unión marital, dejando por fuera –y siendo el núcleo esencial- la verdadera convivencia marital, de hecho, basada en el vínculo de amor, afecto, fidelidad y responsabilidad prolongada en el tiempo, permiten a la Sala tener como no probados los requisitos legales exigidos y en ese sentido se debe absolver de esta pretensión de la demanda.

Respecto al joven JESÚS DAVID CÁSSERES CÁSSERES, quien se presenta al juicio representado por su madre -la demandante- y en condición de hijo del

causante, se tiene que (...) , según registro civil de nacimiento⁹, el joven nació el 24 de diciembre de 1998, figurando como padres la ahora demandante y el señor LUIS ALBERTO CÁSSERES ESTRADA, plenamente reconocido por éste, sin que aparezca ninguna nota marginal en el documento. Pese a lo dicho anteriormente, y conociéndose que aquel también funge legalmente como padre de la madre del joven –abuelo de éste-, cabría analizar si tal circunstancia influye en el derecho del menor –lo era al momento de la muerte del causante, el día 29 de enero de 2010-. (...)

Vista así las cosas, de conformidad con la norma en cita, el joven JESÚS DAVIDAD CÁSSERES CÁSSERES tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en su condición de hijo menor de edad del causante, a partir del 29 de enero de 2010 y en cuantía del 100% de la pensión que en vida disfrutaba el causante, independientemente si en realidad es hijo consanguíneo de aquel o lo fue de crianza siendo realmente su abuelo materno. Sin embargo, como quiera que el joven cumplió la mayoría de edad el 24 de diciembre de 2016 –en el curso del presente proceso-, se deberá limitar el pago de la misma hasta esta calenda, en caso que no acredite estudios ante la entidad administradora de pensiones -con posterioridad a esa fecha- encargada del pago de la prestación, a efectos de seguir disfrutándola en los términos de ley, que en todo caso quedará limitada hasta cuando cumpla los 25 años de edad¹⁰."

DECISIÓN: Modifica providencia apelada y declara al menor como beneficiario de la pensión del fallecido y absuelve frente a las pretensiones de la madre demandante

M.S: Dra. CLAUDIA PATRICIA PIZARRO TOLEDO
Radicación: 08-001-31-05-011-2012-00359-01/ 53085

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de Sentencia y Grado Jurisdiccional de Consulta
TEMAS: RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ: El actor le asiste el derecho a que se reajuste su mesada pensional al comprobarse que el empleador venía realizando cotizaciones al sistema por debajo del IBC del trabajador/ ELUSIÓN DE PAGO DE APORTES PENSIONALES: De la actuación administrativa adelantada contra el empleador y de las documentales aportadas quedó demostrado esta anomalía al interior del proceso de cotizaciones a favor del actor
FECHA: Octubre 10 de 2017
DEMANDANTE: FLORENCIO BARRERA FLÓREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

⁹ A fl. 16.

¹⁰ Las certificaciones estudiantiles adosadas al expediente que militan a fls. 62-65, agregadas en esta instancia, no tendrán ningún valor probatorio al tenor del artículo 83 del CPTSS.

Extractos:

“En el caso sub examine al demandante se le reconoció pensión de vejez a través de la Resolución No. 107394 del 16 de diciembre de 2010, a partir del 1° de diciembre de 2010 por valor de \$515.000, atendiendo 1.422 semanas, un IBL de \$500.155 y una tasa de reemplazo del 90%. Lo anterior, al considerar que era beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993 y le era aplicable el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año¹¹. Acto administrativo éste que fue recurrido por el pensionado, siendo confirmado por la demandada a través de las Resoluciones Nos. 000010729 del 30 de agosto de 2011 y 1817 del 11 de noviembre del mismo año.¹²

También está probado que efectivamente inició proceso administrativo por elusión en el pago de aportes a la seguridad social por parte de SERVIES LTDA¹³, el cual fuere adelantado por la entidad¹⁴.

Sobre el tema de la elusión pensional, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad. 43098, trayendo a colación la del 24 de mayo de 2010, rad. 37240, que reitera la del 15 de mayo de 2006 radicación 27291 y la del 11 de agosto de 2009 radicado 33091, dijo lo siguiente:

“(…) El correcto entendimiento de esa norma que es la aplicable a la presente controversia, lleva a considerar que en aquellos eventos en que el patrono efectúe cotizaciones sobre un salario inferior al realmente devengado por el trabajador sin que exista justificación legal –como podría ser el que se perciba un salario superior al máximo que prevean los reglamentos como asegurable– y que dicha conducta genere una disminución en el derecho prestacional del trabajador, es el patrono quien debe asumir las consecuencias que además de la eventual sanción que podría ser impuesta por el Instituto de Seguros Sociales, las hace consistir la norma en comento de cara a los beneficiarios, en la obligación de cancelar la diferencia en perjuicio, del monto de las prestaciones económicas que les correspondería si el actuar del empleador se hubiere ajustado a la ley.

(…)

Recientemente en sentencia de 25 de mayo de 2005, Rad. N° 25165, dijo la Corporación, Mutatis Mutandis.

‘Así, entonces, si un empleador incumple su obligación de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social o no paga los aportes de conformidad con los salarios realmente devengados por ellos, asume las consecuencias de su omisión y en el presente caso es el de reconocer el reajuste correspondiente al bono pensional, de conformidad con la liquidación que realice la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público’.

¹¹ Fls. 14-15

¹² Fls. 20-25

¹³ Fls. 26-30

¹⁴ Fls. 31-32 y 36

La seguridad social subroga al patrono en los riesgos que ampara, pero a condición de que éste cumpla en rigor los deberes que le imponen las normas que la regulan; el sistema económicamente se nutre de los aportes de todos los afiliados y el monto de las prestaciones que éstos reciban deben tener correspondencia con el valor de las cotizaciones efectuadas por ellos de conformidad con las reglas establecidas para cada una de las prestaciones. **Por lo tanto, no puede imponerse a las entidades de seguridad social, el reconocimiento de prestaciones en cuantía que no guarda relación con el valor de los aportes según el salario asegurado, pues esto conduciría a su descalabro financiero en perjuicio de todo el conglomerado de sus afiliados.** (...)"

En el sub examine se ofició a Colpensiones, así como al último empleador del accionante, SERVIES, a fin que allegaran copias de la relación de semanas¹⁵, como las planillas de pagos de aportes pensionales¹⁶, a efectos de constatar los salarios devengados y los valores sobre los cuales se pagaron las cotizaciones en pensión, frente a los ingresos bases de cotización reportados en los registros de la demandada. De tal suerte, se pudo verificar por la Sala conforme a la prueba arrojada por el empleador SERVIES, que en virtud del proceso administrativo por elusión en el pago de aportes a la seguridad social, el extinto ISS efectuó liquidación de la deuda por ciclos no pagos desde diciembre de 2000 hasta octubre de 2004, por la suma de \$23.095.883¹⁷ y desde noviembre de 2004 hasta enero de 2011, por la cifra de \$24.970.381¹⁸, por los conceptos de salud y pensión, e intereses; y a folio 55 al 173 de la misma carpeta de pruebas militan las planillas de autoliquidación de aportes con sello de pago del Banco AV Villas, del 28 de febrero de 2012, por tales períodos, en concordancia con la deuda liquidada por el ISS, salvo los correspondientes a julio de 2003, julio de 2006 y febrero de 2007, cuya cancelación no aparece, pero sumado lo pagado resulta la cifra de \$24.057.153 (noviembre de 2004 hasta enero de 2011) y por otro lado, la suma de \$22.640.104 (diciembre de 2000 hasta octubre de 2004), que coincide con los comprobantes de pago adosados por la misma SERVIES, el primero por valor de \$24.057.153¹⁹ y el segundo en cuantía de \$22.640.104²⁰.

Siendo todo lo anterior así, ciertamente le corresponde el derecho al demandante a que se le computen los pagos realizados por su empleador, quien incurrió en elusión de los pagos de aportes pensionales, para efectos de percibir una pensión de vejez con arreglo a los verdaderos ingresos base de cotización. A folio 356 al 361 se observa el resumen de semanas al 21 de julio de 2014, el cual aunque no es el más actualizado que reposa en el expediente,

¹⁵ Fls. 415-420

¹⁶ Carpeta de prueba SERVIES

¹⁷ Fls. 45-47 Carpeta de prueba SERVIES

¹⁸ Fls. 48-50 Carpeta de prueba SERVIES

¹⁹ Fls. 51-52 Carpeta de prueba SERVIES

²⁰ Fls. 53-54 Carpeta de prueba SERVIES

sino el del 25 de julio de 2016²¹, si contiene los pagos efectuados con posterioridad por la empleadora el 28 de febrero de 2012 bajo la expresión en la casilla de observaciones de AUTOLIQUIDACIÓN DE CORRECCIÓN, cuestión ésta que extrañamente desapareció de la historia actualizada, reflejándose sólo los IBC bajo los cuales se efectuaron esos pagos por SERVIES, anulándose lo que ya había sido cancelado aunque deficitariamente.

No estando discutido que el demandante es beneficiario del art. 36 de la ley 100 de 1993- régimen de transición pensional-, y que cumple los presupuestos del art. 12 del acuerdo 049 de 1990, se adentra la Sala en lo correspondiente al ingreso base de liquidación, debiendo tener en cuenta para el efecto los pagos por IBC realizados el 28 de febrero de 2012, y computarlos a los reportados en el resumen de semanas a folio 356 al 361 del informativo, por ser el que se ajusta a la realidad.

Tenemos que el enjuiciante nació el 21 de octubre de 1950²² y cotizó en toda la vida laboral entre el 3 de mayo de 1976 y el 31 de julio de 2011, un total de 1.482,56, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 01 de abril de 1994 - le faltaban más de 10 años para cumplir los requisitos exigidos, razón por la cual el ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema en sentencia SL9629-2016, del 13 de julio de 2016, Rad. 48392, expresó la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“(…) En relación con aquellos beneficiarios del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, la forma de determinar el ingreso base de liquidación es la contemplada en el artículo 21 de la Ley 100, que se refiere «al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión», o el promedio de los ingresos de toda la vida laboral, cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

Es decir, el ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición, en principio, se rige por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y no por el régimen anterior, lo cual no vulnera el principio de inescindibilidad de la ley porque es en virtud de sus propios mandatos que el cálculo debe hacerse en esa forma”.

(…)

En lo tocante a la fecha a partir de la cual se impuso el otorgamiento pensional, la inferiora consideró que debía darse a partir de la fecha en que se pagó por la empleadora. Para la Sala es evidente el desatino de la juzgadora de primer grado, pues si bien es cierto que se completó el pago de los aportes deficitarios el 28 de febrero de 2012, no es posible enrostrarle tales consecuencias al

²¹ Fls. 415-418

²² Fls. 13

afiliado, siendo que fueron ajenas a su voluntad, y más que correspondieron a un atentado a su buena fe, al haber confiado que su empleador al momento de efectuar su descuento procedía al pago real y oportuno conforme a su salario; además, no hay que perder de vista que pese al actuar elusivo de SERVIES, éste canceló -aunque tardíamente- lo adeudado con intereses de mora, siendo recibido por Colpensiones, sin objeción. Por consiguiente, nada obsta para que se reliquide la prestación por vejez del demandante desde la fecha en que adquirió el derecho, o por lo menos, le fue concedido por el enjuiciado, de forma administrativa, toda vez que esto no fue materia de discusión en el plenario.”

DECISIÓN: Modifica la sentencia. Ordena el reajuste de la mesada pensional y el pago de las diferencias derivadas de éste.

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑOZ
Radicación: 08-001-31-05-005-2015-00128-01 / 57.851-E

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: NULIDAD DEL TRASLADO DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD: Se acreditó dentro del proceso que la AFP no cumplió con su deber de brindar una información veraz, cierta, oportuna y fidedigna al momento de asesorar al demandante cuando diligenciaba el formulario de afiliación/ **DEBER DE DEVOLUCIÓN DE COTIZACIONES:** Como consecuencia de la nulidad de la afiliación pensional la AFP está obligada a devolver las cotizaciones del actor junto con sus rendimientos financieros y cuotas de administración/ **PENSIÓN DE VEJEZ:** Su reconocimiento queda a cargo de la AFP Colpensiones conforme las normas aplicables al régimen de transición a que tiene derecho

FECHA: Septiembre 19 de 2017

DEMANDANTE: Jesus Ramon Sosa Mercado

DEMANDADO: Porvenir S.A. y Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones.

Extractos:

“Respecto del debate sometido a consideración de esta Sala, se advierte en primera medida que en este caso constituye un hecho probado y no controvertido, que el demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado y aportando al Seguro Social, registrando cotizaciones en forma discontinua desde el **09 de julio de 1980 hasta el 31 de Enero de 2003**, calenda para la cual ya acumulaba **1.088,53** semanas²³. Igualmente que se trasladó al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. mediante solicitud radicada el 19 de diciembre de 2002 y registra aportes al RAIS a partir de febrero de 2003 hasta Abril de 2015²⁴.

²³ Ver folio 9, 112.

²⁴ Ver folios 10, 13, 73 a 88.

Lo anterior pone de presente que para la fecha en que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, era un afiliado al sistema pensional beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia, ya contaba con 40 años cumplidos, por haber nacido el 2 de marzo de 1954 conforme consta en su registro civil de nacimiento visible a folio 14, lo que le permitía acceder a su pensión de vejez cuando cumpliera los requisitos de edad, semanas cotizadas y monto establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Mas acontece que por expresa disposición del inciso 4º del aludido art. 36 de la L.100/93, el régimen de transición para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, no será aplicable **cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad**, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

(...)

Lo anterior denota que la decisión de traslado del régimen pensional para aquellos afiliados que no contaran con más de 15 años de servicios o cotizaciones, sino solo con la edad antes indicada, apareja una consecuencias de grandes proporciones como lo es perder el beneficio del régimen de transición que los cobija, de ahí que su validez depende que dicha escogencia sea de manera libre y voluntaria, como nítidamente lo exige el art.13 de la Ley 100/93, en su versión original <sin las modificaciones de la L.797/03>, donde expresamente se contempló como unas de las características del sistema general de pensiones, que "**b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley; e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.**"

Sin embargo, esta exigencia de escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado también apareja colateralmente el deber que tienen las administradoras de los fondos de pensiones en suministrar una información completa y veraz al afiliado, que le permita tener una visión de que régimen le resulta más beneficioso y cuáles son sus implicaciones en el reconocimiento de su futura pensión.

En torno a este punto específico, esto es, la nulidad del traslado de régimen pensional, cuando las administradoras de los fondos de pensiones faltan a su deber de proporcionar una información adecuada, suficiente y cierta para el

traslado del afiliado, ya se ha pronunciado en varias sentencia la SCL de la C.S.J., inclusive contra la misma entidad hoy demandada, (...)
(...)

Con base en los anteriores precedentes verticales del órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral y teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro Individual con solidaridad, cuando para dicha calenda ya había colmado más de las 1.000 semanas cotizadas requeridas en el régimen anterior que lo cobijaba por ser beneficiario del régimen de transición (A.049/90) y solo le faltaba el cumplimiento de la edad, que por cierto la alcanzó **el 2 de marzo de 2014**, esto es, antes de la fecha límite fijada en el A.L. 01 de 2005 para conservar la transición, le resultaba notoriamente desventajoso perder estos beneficios para en su lugar optar por un régimen donde la pensión se alcanza siempre que se cuente con el capital necesario que la financie, brillando por su ausencia prueba alguna que acredite que el fondo de Pensiones Porvenir S.A., cumplió con su ineludible deber de informar al afiliado las implicaciones que le generaba el cambiar de régimen pensional que lo cobijaba y bajo cuyo régimen de prima media al que estaba aportando le permitía pensionarse a la edad de los 60 años y con un monto que se liquidaría con base en una tasa de remplazo previamente definida en proporción al número total de semanas que adicionalmente alcanzare a cotizar, como ilustrarlo sobre las desventajas que se le derivarían en su caso particular al optar por una pensión que ya estaría supeditada al capital necesario que debía ahorrar para lograr alcanzar su gracia pensional en los términos que este otro régimen pensional regla.

Por el contrario, los testigos fueron coincidentes en relatar que la información que se les suministro por la asesora del fondo privado demandado en la hora de su almuerzo para que se trasladaran de régimen era que el ISS se iba acabar y que se podían pensionar a los 60 años, lo que en efecto constituye una desinformación que no se ajusta a la realidad.

Adicionalmente, cabe precisar que la carga de la prueba que le viene impuesta al fondo de pensiones demandado en aras de acreditar que el demandante sí recibió la asesoría debida al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen pensional, para lograr desvirtuar el supuesto fáctico en que se basó el demandante para implorar la nulidad de su traslado, no se colma con la simple suscripción del formulario preimpreso y firmado por el demandante que anexó a su contestación, en razón que en la mayoría de sus apartes resultan ilegibles (fol. 55) y sin que se haya aportado la información completa y veraz que se le suministró al afiliado de su situación pensional en ambos regímenes antes de formalizar su traslado, no obstante que el afiliado antes de demandar, les había solicitado copia de los documentos de afiliación a esa entidad conforme así consta en la documental visible a folio 70, no

entregándosele documento distinto al formulario No. 10241839 que en efecto fue el que aportó el demandante con su libelo de demanda, lo que denota que ni siquiera se le hizo un estudio de su situación en particular que lo ilustrara en su decisión.

De lo anterior se deriva que resultaba plenamente válido anular su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. por resultar claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, por tener colmado el número mínimo de semanas cotizadas y a la espera de cumplir el requisito de la edad que dispone el Acuerdo 049 de 1990, lo que conlleva como consecuencia, el regreso automático del demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones y la correlativa obligación de Porvenir S.A. de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el art. 1746 del C.C. y la Jurisprudencia de la SCL antes indicada²⁵, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, por lo tanto no resulta de recibo el reproche de la demandada de que la nulidad solo conlleva la devolución de los aportes sin los rendimientos y las cuotas de administración que se le debitaron, en razón de que avalar tal argumento es ir en detrimento del afiliado que vería mermado su ahorro y recibir unos aportes desvalorizados.

Ahora bien, como en el sub lite el demandante también reclamó de la demandada Colpensiones su pensión de vejez, ante las resultas de lo antes decidido, a esta entidad le corresponde otorgar esta prestación al demandante, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó al ISS, hoy Colpensiones y al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., conforme con el régimen de transición del cual es beneficiario."

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada respecto a las costas, en lo demás confirma la providencia recurrida.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación:

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

²⁵ Rad.31989/08:

TEMAS: DELITO DE CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO- Materialidad de la conducta/CADENA DE CUSTODIA- Finalidad: Demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se recogen en la escena del crimen/ Hipótesis construidas jurisprudencialmente/En el presente caso no se cumplió con los protocolos y procedimientos que el material incautado requería para su presentación al juicio oral

FECHA: Audiencia de lectura de fallo del 22 de septiembre de 2017

ACUSADO: Alcides Pérez Espinosa

Extractos:

“Básicamente, los reparos que hace el apelante en contra de la sentencia absolutoria en favor de Alcides Enrique Pérez Espinoza, del cargo contemplado en el artículo 372 del Código Penal, se circunscriben a tres puntuales aspectos:

a) Que la cadena de custodia es una ventaja procesal que se yergue a favor de la Fiscalía General de la Nación, pero su fracturación o inobservancia no nulifica el peritazgo o dictamen pericial y además la *autenticidad* de éste se puede demostrar por cualquier medio probatorio legalmente autorizado de conformidad con el *principio de libertad probatoria* surto en el artículo 373 de la ley 906 de 2004.

b) Que la presunción de inocencia de Alcides Enrique Pérez Espinoza, se encuentra removida con los testimonios evacuados en la audiencia del juicio oral, por lo que se demostró *más allá de toda duda razonable* que este es autor y responsable del delito por el cual se le acusó en este asunto procesal.

c) El dictamen rendido por el perito químico Michel Armando León, se hizo sobre los elementos incautados al acusado y el cual entre otras cosas mostró que los productos se encontraban *adulterados*.

(...)

Tanto doctrina ora la jurisprudencia penal colombiana tiene dicho que el delito de *corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico*, es un tipo de resultado objetivo, *peligro*, conducta instantánea y pluriofensivo que para que sea relevante para el derecho penal debe establecerse procesalmente que la conducta atribuida a un individuo y en la especie que aquí se trata en verdad configuró objetiva o materialmente un peligro potencial que afecta la *salud pública* como bien jurídico que pretende proteger o salvaguardar el legislador sustancial penal.

Es decir que a pesar de que se trata de un reproche legislativo abstracto y anticipado para determinados comportamientos humanos e indeterminados probables autores de esta conducta punible, no por ello cualquier atisbo fenomenológico que encarne alguna afrenta para la salud pública ha de rotularse como formal y materialmente antijurídico ya que, se insiste, se requiere

de una idoneidad del peligro capaz de satisfacer la estructura dogmática del artículo 372 del Código Penal, si ello no se da entonces no puede hablarse del delito de *corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (...)*.

El primer evento que hay que tratar es el referido a la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida en el escenario en donde se le incautan objetos y elementos al señor Alcides Enrique Pérez Espinoza, el día 24 de enero de 2012, en las inmediaciones del puente murillo de esta urbe.

Ante circunstancias como la anotada en segmento anterior la ley 906 de 2004, activa unos protocolos básicos a efectos de preservar indemne a los objetos o elementos virtualmente necesarios para la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que puedan ser conocidos y valorados en todas las etapas o escenarios por donde transita un proceso penal, sea que este termine anticipadamente o con ocasión de un juicio ordinario que satisfaga todas las etapas y oportunidades para las partes y que son regladas por el legislador procesal penal, es así que en este específico caso o de cadena de custodia el artículo 254 *ibídem*, señala:

"Artículo 254. *Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.*

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

Parágrafo. *El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos."*

Luego la cadena de custodia tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se recogen en la escena del crimen.

Por modo que para demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la jurisprudencia ha creado cinco (5) hipótesis al servicio de la actividad judicial en donde las partes o intervinientes pueden llevar al conocimiento del juez singular o plural esa autenticidad, los cuales son:

1. Auto autenticación: Consiste en el hecho de que algunas evidencias físicas tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas.

2. La marcación: Es el acto de señalar la evidencia física con un signo distintivo, propio y exclusivo del investigador que la levanta y recolecta de la escena o del perito que la manipula dentro del laboratorio.

3. El testimonio: Es la declaración juramentada de una persona quien reconoce una evidencia como auténtica y manifiesta los motivos de este reconocimiento.

4. La peritación: Es la declaración juramentada de un perito quien reconoce una evidencia como auténtica y manifiesta los motivos de este reconocimiento, después de haber ejercido sobre ella su actividad pericial.

5. La cadena de custodia: Esta manera de acreditar la autenticidad de la evidencia física se utiliza ante todo, para el material fungible o aquel que por su naturaleza no permite marcaciones sobre el mismo, ni permite que un testigo la reconozca como única.

(...)

Por lo que una cosa es la autenticidad y otra la mismidad, puesto que este último principio es el que direcciona y justifica la figura del testigo de acreditación, de contenido mucho más amplio en cuanto busca obtener no solo la certeza sobre la persona que elaboró el dictamen pericial, lo suscribió o firmó; sino establecer también que el elemento, sustancia u objeto en donde recae la prueba técnica es el mismo que se recolectó en la escena del crimen y que fue acreditada tal situación con un testigo que así lo hace ver en el juicio oral y que en verdad no exista duda de su participación en esta actividad física trascendente en el marco probatorio llevado a cabo en el juicio oral.

(...)

Caso concreto:

Pues bien, la juez de instancia para absolver al señor Alcides Enrique Pérez Espinoza, de la probable comisión del delito descrito y sancionado en el artículo 372 del Código Penal, señaló que no había obtenido el conocimiento más allá de toda duda que le exige el artículo 381 de la ley 906 de 2004, para condenar y explica que si bien es cierto que la omisión o la fragilidad de la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios o evidencia física no genera nulidad, en el caso que atendió o sea en el juicio oral no tenía certeza de que los elementos incautados y a los cuales presuntamente se les hizo la prueba técnica por parte de un testigo que a la sazón dio como resultado adulteración no sólo de la estructura de los elementos sino de la sustancia impura que contenían estos tampoco ese conocimiento lo obtiene de los testigos y apelando para ello desde luego a la libertad probatoria.

Realmente, en este proceso penal los testigos evacuados en la audiencia del juicio oral, presentados por la Fiscalía General de la Nación, en sus relatos

obtiene la Sala, ya sea de manera directa o en forma implícita o indirecta dentro de sus narrativas particulares y en conjunto una conclusión que hace establecer que la cadena de custodia nunca existió de cara a los estrictos protocolos del artículo 254 ejusdem, y en tal eventualidad para sustentar su teoría del caso al ente investigador solo le quedaba a su alcance en ese propósito acudir a la libertad probatoria de conformidad con el artículo 373 ibídem.

Propósito de la Fiscalía que no hace declinar el estoicismo de la garantía formal de la presunción de inocencia que cabalga con todo procesado de conformidad con el artículo 29 Superior, 3 y 7 de la ley 906 de 2004, dado que los testimonios jamás indican por una parte que se garantizó la cadena de custodia de los elementos incautados y mucho menos ninguno de estos como lo son Edward Arteaga Franco, Brian Arturo Kamboos González y el perito Michel León Muñoz, hicieron el exigido procedimiento de cadena de custodia ya que solo dan fe que según el personal de la Coca Cola y acompañamiento de la secretaría de salud, se encontraron en poder del acusado productos de esa compañía que según los técnicos de la Coca Cola eran adulterados y hasta allí llegó la labor de éstos porque a juicio de Brian Arturo Kamboos González, no recuerda si se hizo cadena de custodia y los elementos incautados fueron dejados a disposición de la secretaría distrital de salud.

Así las cosas, por mucho esfuerzo en el que se empeñe el impugnante la realidad probatoria lo abandona en el propósito de obtener la revocatoria del fallo absolutorio, al punto que el mismo testigo perito Michael León Muñoz, en el contrainterrogatorio no da fe de que los elementos incautados correspondan a los mismos a aquellos a los que le hizo la prueba técnica de rigor; *presume* que son los mismos porque le entregaron unos elementos para que hiciera esta prueba y de ahí asume que por razón de su ejercicio laboral y diríamos nosotros por el principio de confianza concluyó que no tenía ninguna duda de que correspondían a aquellos que se les decomisó el día de los hechos al acusado; pero su testimonio también hace presumir lo contrario porque se estableció que no fue la persona que incautó esos elementos sino que se constituyó en una pieza vital para determinar la probable adulteración (...).

Así pues que si de establecer la certeza que los elementos incautados al procesado eran los mismos que recibía el técnico Michel León Muñoz, para que realizara el peritazgo correspondiente y pudiera determinar si existía adulteración en sus sellos, estructura o sustancia contenida en el envase necesariamente tenía que declarar en la audiencia de juicio oral, el señor Juan Carlos Prens, circunstancia o ausencia total de éste testimonio lo cual hace que se pierda un importante eslabón que no es otro que la conexidad que

debía establecerse entre quien guardó los elementos incautados y quien fue también la persona que los entregó a este testigo perito.

Si ello no se demostró en el juicio oral, no surge evidente que tenga la razón el testigo Michel León Muñoz, en este trascendental aspecto y tal oscuridad permite de manera absoluta y contundente echar por la borda el principio de mismidad cuando la Sala, ante tal irregularidad no puede formarse un criterio veraz sobre este especial aspecto ni siquiera acudiendo a la libertad probatoria habida cuenta que no existe el testimonio de Juan Carlos Prens, quien por lo mismo daría claridad y contundencia a lo afirmado por León Muñoz.

Otra circunstancia muy puntual que emerge del procedimiento llevado a cabo por miembros de la empresa Coca Cola, secretaria de salud y personal de la policía nacional, guarda estricta relación con las oportunidades en que abordaron el sitio donde comercializaba – supuestamente- el señor Alcides Enrique Pérez Espinoza, productos alegóricos a los de Coca Cola, en varias oportunidades estableciendo por labores investigativas que eran adulterados en razón a que compraron días antes a este señor productos de esta naturaleza y fue así como edificaron el operativo pero sin el cuidado que le demandaba unos productos fungibles el activar la correspondiente cadena de custodia, porque también surge la hipótesis que a juicio de la juez no se sabe si los productos a los que se les hizo la prueba técnica eran los obtenidos mediante la compra al mismo acusado o aquellos recogidos el día del operativo de captura de la persona aquí absuelta.”

Decisión: Confirma sentencia absolutoria.

M.S: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Radicación: 08001600105520160538403/ 2017-00127-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: MINISTERIO PÚBLICO- Legitimidad para recurrir/Facultades dentro del proceso penal/PRISION DOMICILIRIA: No se cumplen en el presente caso los requisitos de quien alega la condición de padre cabeza de familia para obtener dicho beneficio

FECHA: Audiencia de fallo del 18 de septiembre de 2017

ACUSADO: Hernán Emilio Dulce Utría y Jhon Franklin Welman Llanos

Extractos:

“El inciso primero del artículo 109 del Código de Procedimiento del 2004 prevé que el Ministerio Público intervendrá en este cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías

fundamentales . Desde este entendido, son funciones en la indagación, la investigación y el juzgamiento, de acuerdo con el art. 111 ejusdem, las siguientes:

“...1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales: (...)

f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa. (Se destaca).

2. Como representante de la sociedad:

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado....”.

(...)

Aterrizando al asunto que hoy ocupa nuestra atención, se colige que el Procurador Judicial II, doctor Wilson Rangel González, manifestó su desacuerdo con el otorgamiento de la prisión domiciliaria, bajo el sustento que no cumplen con los requisitos legales, en tanto sus hijos menores cuentan con personas que pueden velar por ellos.

En consecuencia, como lo atacado es una trasgresión al orden jurídico y una situación que no puede pasar por alto el Procurador Judicial-concesión de prisión domiciliaria sin cumplirse los postulados exigidos por la ley-, esta Colegiatura estima que el recurrente cuenta con legitimidad para atacar dicho punto de la sentencia condenatoria.

5.3. De la prisión domiciliaria para padre cabeza de familia

En el año 2002, se promulgó la Ley 750, la cual reguló los requisitos para la prisión domiciliaria, estableciendo como postulados los siguientes: i) Que el delito endilgado no esté excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o 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; 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. (Negritas fuera de texto).

Sin embargo, el artículo 4° 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”. (Subrayas fuera de texto).

(...)

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia SU-388 de 2005, al respecto estableció que:

“...En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del incumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia...”. (Subraya fuera de texto).

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 2ª de 1982 señala que: “Se entiende por madre 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 del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del grupo familiar”. (Subraya fuera de texto).

Bajo este contexto se tiene entonces que no basta únicamente con el abandono del hogar de la pareja del procesado o procesada, pues es necesario que éste se sustraiga de sus obligaciones como padre o madre, claro está, dichas obligaciones no son únicamente económicas sino morales, es decir, que pese a que se encuentre separado del interno (a) y ayude económicamente al menor de 18 años o al discapacitado permanente, se sustraiga de su deber de brindarle educación y afecto a estos, y que además la detenida no cuente con la ayuda de otro miembro de la familia.

Así las cosas, la Sala resalta que la posibilidad de que la procesada obtenga la prisión domiciliaria por tener tal calidad, surgió del propósito de proteger de la amenaza o vulneración los derechos fundamentales de los menores, por estar privada de la libertad, la única persona que vela por su sostenimiento.

Además de lo anterior, el artículo 68A del Código Penal (modificado por el canon 32 de la Ley 1709 de 2014) contempla unas prohibiciones para la concesión de beneficios, el inciso 3º ejusdem consignó que tales excepciones no se aplicarían, entre otros, frente a «la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004».

En el caso sub examine, el defensor del procesado Hernán Emilio Dulce Utria, aportó varios documentos en los que se colige que convive en unión libre con la señora Estefany Natera, en el Bloque 120 apartamento 302 del barrio Ciudadela 20 de Julio de esta ciudad y tienen una hija menor de edad.

Igualmente, a través del informe rendido por la Trabajadora Social Cecilia Isabel Alonso Jiménez-contratada por el defensor- se infiere que la hija menor del procesado Jhon Franklin Welman Llanos, es cuidada por la señora Janeth Llanos de Mariano, y de esta forma en dicho informe se señaló:

“...Se menciona a la menor Yusblaidis Yohana Welman Torres de 1 año de edad, viene siendo cuidada y atendida por la señora Janeth Llanos desde 2016 (Sic) la señora Yuberli Jhoana Torres Echeverría madre de la menor... fue dejada en custodia por su progenitor porque él siempre la había tenido y cuidado y ella decidió abandonar el hogar sabiendo que en su compañero iba a encontrar el padre responsable y que velaría por el sostenimiento de su hija. Hace también claridad que en esa oportunidad la dejaba solo por cuestiones laborales, pero que la visitaría periódicamente y ayudaría con la manutención a su padre hasta la fecha o ha cumplido con lo pactado en el acta. Igualmente la madre de la menor conformó otra familia y ha dejado en el señor Jhon Franklin Welman Llanos toda la responsabilidad desde los 15 días de nacida...” .

Sin embargo, revisado el expediente, la Sala constata que el Juzgador de Primera Instancia, a efectos de establecer si los endilgados cumplen con los postulados para acceder a tal sustitución, no oficio al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (como debería hacerse en estos eventos), empero, de la documentación aportada por la bancada de la defensa, se infiere que los menores cuentan con personas adultas de su núcleo familiar que puedan velar por ellos, sumado a que, no se acreditó una ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de las progenitoras de los infantes.

En efecto, no se niega que en algunos eventos por ejemplo, la Corte Constitucional en sede de tutela, ha amparado los derechos fundamentales de reclusos cuyas parejas los ha abandonado, y por tanto quedan desprotegidos

los niños, empero, en caso como el de la sentencia T-705 de 2013, la Alta Corporación ordenó la diligencia de inspección judicial, a fin de cerciorarse de la situación real de los menores.

Sin embargo, en el presente caso los argumentos para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria son muy tenues, débiles y por el contrario, se colige que las madres de los niños no tienen ninguna discapacidad para hacerse cargo de ellos."

DECISIÓN: Revoca la prisión domiciliaria concedida. Ordena traslado a establecimiento carcelario.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARIN JIMENEZ

Radicación: 08-001-31-53-011-2017-00329-01/ Número Interno: T- 00359-2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Impugnación de Acción de Tutela

FECHA: Septiembre 14 de 2017

ACCIONANTE: COOPERATIVA MULTIACTIVA DE LA REGION CARIBE DE COLOMBIA-COORECARCO

ACCIONADO: JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA

Síntesis del caso: La cooperativa accionante considera que se le vulnera el derecho al debido proceso por la negativa del Juez accionado a dar trámite a la liquidación adicional del crédito por ella presentada en calidad de ejecutante al interior de un proceso ejecutivo singular que cursa en el despacho accionado.

Problema jurídico: *¿El Juzgado Segundo Civil Municipal de Ejecución con su providencia desconoció los derechos al debido proceso y defensa de la cooperativa ejecutante?*

Tesis: "Pues bien, se aborda entonces el análisis de la decisión cuestionada, a efectos de determinar si ésta resulta vulneradora del derecho del debido proceso del accionante, y se observa a folios 35 y 36 del expediente un ejemplar de la misma, donde se advierte que ciertamente fue negada la liquidación adicional del crédito, con el argumento de que ésta solo es procedente conforme a las reglas consignadas en el art. 446 del C.G.P., por lo que manifiesta, " una vez efectuado el remate y antes de hacer entrega del remanente al deudor, si lo hay, por ser necesario determinar en esa oportunidad cual es el monto real de la obligación(art. 455 ibídem, numeral 7). Además hay lugar a la liquidación actualizada, cuando el

ejecutado presenta título de consignación a órdenes del juzgado por el valor del crédito y costas con el objeto de solucionar la obligación (art. 461 ibídem, inciso 4º)" (sic f.35).

Observa la Sala que ciertamente el señor juez accionado efectúa una interpretación restrictiva de la normas mencionada, pues afirma que la liquidación adicional del crédito solo es procedente en los dos casos antes enunciados; sin embargo observamos que la norma citada, y los artículos 455 y 461 invocados por el juez accionado como soporte de su decisión, no contienen tales postulados o limitaciones, pues por el contrario, en su numeral 4º el artículo 446 del C.G.P, permite la actualización del crédito, al disponer que para ello se debe proceder en la forma establecida en los numerales anteriores, tomando como base la liquidación que esté en firme; lo que guarda consonancia con el artículo 498 del C.P.C., vigente cuando se emitió el mandamiento de pago, actual art. 431 del C.G.P., según los cuales cuando se ejecute por sumas de dinero, "...se ordenará su pago en el término de cinco (5) días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda"; y observamos a folio 12 del cuaderno de primera instancia, que la liquidación inicial del crédito aprobada por el juzgado de ejecución accionado, liquida los intereses del capital adeudado hasta Junio 01 de 2009, quedando pendiente, ciertamente, su actualización.

En precedente de esta Sala, contenido en la sentencia proferida el 30 de Noviembre de 2016 en el proceso radicado T-00626-2016 (08-001-22-13-000-2016-00626-00), se dijo sobre este tema *"De manera que en casos, como el que nos ocupa, presentada la liquidación adicional del crédito por cualquiera de las partes, debe el Juzgado correr traslado a la contraparte, para que si lo estima, formule las objeciones a que haya lugar, acompañada de la liquidación alternativa en la que precisen los errores que se hayan advertido, y agotado tal tramite, decida el Juez si la aprueba o la modifica; y si bien es cierto que conforme al artículo 530 del C de P.C., la parte demandante puede solicitar la liquidación adicional del crédito previo al remate de los bienes embargados, y también procede cuando lo consignado por el ejecutado a órdenes del juzgado no alcance para cubrir la totalidad de la deuda, no quiere significar que se trate de un procedimiento establecido solo para esas eventualidades, pues el numeral 4º antes citado se aplica a todos los eventos en que se requiera actualizar el monto de los intereses moratorios en procesos ejecutivos desde que la obligación se haya hecho exigible, hasta que se produzca su pago total; razón por las que se impone tutelar el derecho fundamental del debido proceso de las actoras".*

Y, la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que cita el accionante,²⁶ en relación con el argumento de que sólo procede la liquidación adicional del crédito en los dos casos mencionados, razonó que *"...Semejante hermenéutica desconoce que existen otros supuestos en los que la ley procesal habilita o establece con claridad, ya sea en términos literales o implícitos –pero no menos contundentes-, que se lleve a cabo una liquidación adicional o*

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Junio 16 de 2016. Rad. STC7911-2016 (08001-22-13-000-2016-00215-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

actualizada del crédito; muestra contundente de ello es la previsión del artículo 522²⁷ del artículo mencionado, empleada pertinentemente como ejemplificación por el Tribunal de primera instancia y conforme al cual “Cuando lo embargado fuere dinero, una vez ejecutoriado el auto que apruebe cada liquidación del crédito o las costas, el juez ordenará su entrega al acreedor hasta la concurrencia del valor liquidado” (subrayado de la Corte) ...En suma, es protuberante el yerro de los accionados al sostener que los ejercicios liquidatorios adicionales o actualizados para la determinación del monto de las obligaciones se reducen a dos tipos; pues tal postura además de contrariar una admisible visión extensiva del tema, ni siquiera se compadece con la perspectiva restringida sobre el tópico, que cuanto menos, para soportar un test de razonabilidad, debe respetar la totalidad de los supuestos en los que la ley estima necesario conocer el monto real y actual de obligaciones base de recaudo”.

En consecuencia, y dado el yerro en que incurrió el juez accionado, de disponer no acceder a imprimir trámite a la liquidación actualizada del crédito presentada por el demandante, bajo la consideración de que solo en dos supuestos fácticos ello resulta posible, ha incurrido en vulneración del debido proceso por defecto sustantivo, que impone la revocatoria de la sentencia de primer grado y en consecuencia conceder el amparo solicitado.”

Nota de Relatoría: La presente decisión tiene SALVAMENTO DE VOTO del Honorable Magistrado Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres quien se expresó así:

“Entiendo la ratio decidendi de la sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de junio de 2016, (STC7911-2016 Radicación No. 08001221300020160021501) que estudió un asunto de liquidación adicional pero resuelto con base en las normas del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que se amparó el derecho del peticionario, porque la interpretación dada por el juzgador de instancia había reducido a dos los casos en que la ley procesal permitía la liquidación adicional del crédito cuando la Sala de Casación Civil había encontrado otros eventos en que ella era posible frente a otras circunstancias procesales, es lo que se desprende del aparte transcrito en esta sentencia.

Empero considero que tal sentencia no avaló el hecho que el ejecutante pueda solicitar el trámite de liquidaciones adicionales por el mero purito de mantener el valor actualizado de su obligación.

Entiendo la norma del artículo 447 del Código General del Proceso, en el sentido de que en la medida en que se vayan entregando dineros luego de la ejecutoria de la liquidación adicional, sea factible realizar liquidaciones adicionales para establecer la imputación legal de esos abonos, reducir el capital si es procedente o aumentar los intereses según el caso: esa es la justificación para que la norma indique de que luego de tal operación matemática se decida si deben entregarse más dineros al ejecutante.

²⁷ Norma ésta contenida actualmente en el artículo 447 del Código General del Proceso.

En el caso presente, según lo que se aprecia en el expediente remitido, en el memorial de la ejecutante no se advierte la indicación de cuál es la causa legal que la autorice a solicitar la liquidación adicional del crédito y se aprecia que en este proceso no se ha materializado ninguna medida cautelar ni se han puesto dineros a disposición del Juzgado ni se ha realizado ninguna actividad fructífera en ese sentido, por lo que se concluiría que simplemente la actora quiere actualizar el valor del crédito, sin ningún resultado efectivo en el trámite procesal correspondiente. Por ello, a pesar de cómo se redactó la providencia del Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal no advierto que se le haya vulnerado derecho alguno a la accionante."

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Radicación: 08-001-31-03-012-2017-00047-01/ Número Interno: T-00392-2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Impugnación de Acción de Tutela

FECHA: Septiembre 14 de 2017

ACCIONANTE: Vladimir Pereira Rosales

ACCIONADO: Juzgado Sexto Civil Municipal de Ejecución de Barranquilla

Síntesis del caso: El accionante considera que se le vulnera el derecho al debido proceso por la negativa del Juez accionado a dar trámite a la liquidación adicional del crédito por ella presentada en calidad de ejecutante al interior de un proceso ejecutivo singular que cursa en el despacho accionado.

Problema jurídico: *¿El Juzgado Sexto Civil Municipal de Ejecución con su providencia desconoció los derechos al debido proceso y defensa de la cooperativa ejecutante?*

Tesis: "Pues bien, se aborda entonces el análisis de la decisión cuestionada, a efectos de determinar si ésta resulta vulneradora del derecho del debido proceso del accionante, y se observa a folio 16 del expediente un ejemplar de la misma, donde se advierte que ciertamente fue negada la liquidación adicional del crédito, en primera instancia, con el argumento de que ésta solo es procedente conforme a las reglas consignadas en el art. 446 del C.G.P., esto es, "Ejecutoriada la sentencia favorable al ejecutante, se practicará la liquidación del crédito, según las reglas que en dicha disposición se establecen." Así las cosas, el numeral 4º de la mencionada norma, ordena aplicar las mismas reglas cuando se trate de liquidación adicional. De la misma manera la Jueza accionada, fundamenta su posición en el numeral 7º del artículo 445 y el inciso 4º del artículo 461 del C.G.P., argumentando que "También puede haber lugar a una nueva liquidación que la norma en comento denomina como actualización, que es aquella que procede una vez efectuado el remate y antes de hacer entrega del remanente al deudor, si lo hay, por ser necesario determinar en esa oportunidad cual es el monto de la obligación. Además, hay lugar a la liquidación actualizada, cuando el ejecutado presenta título de consignación a órdenes del juzgado por el valor del crédito y costas con el objeto de solucionar la obligación" (sic f. 16).

Ahora bien, tal y como fue abordado en sentencia anterior proferida por ésta Sala de Decisión en sentencia de tutela T-00096-2017 (08-001-31-03-009-2017-00016-01), observa la Sala que ciertamente la señora jueza accionada efectúa una interpretación restrictiva de la normas mencionada, al descartar que las partes tengan la posibilidad de solicitar o presentar para su traslado y aprobación, liquidaciones actualizadas del crédito en las oportunidades que lo quieran, pues afirma que la liquidación adicional del crédito solo es procedente en los dos casos antes enunciados; sin embargo observamos que la norma citada, y los artículos 455 y 461 invocados por la jueza accionada como soporte de su decisión, no contienen tales postulados o limitaciones, pues por el contrario, en su numeral 4º el artículo 446 del C.G.P, permite la actualización del crédito, al disponer que para ello se debe proceder en la forma establecida en los numerales anteriores, tomando como base la liquidación que esté en firme; lo que guarda consonancia con el artículo 498 del C.P.C., vigente cuando se emitió el mandamiento de pago, actual art. 431 del C.G.P., según los cuales cuando se ejecute por sumas de dinero, *"...se ordenará su pago en el término de cinco (5) días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda"*; y observamos a folio 12 del cuaderno principal, que la liquidación inicial del crédito aprobada por el juzgado de origen, Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Barranquilla liquida los intereses del capital adeudado hasta Marzo 31 de 2015, quedando pendiente, ciertamente, su actualización.

Así mismo, en precedente de ésta Sala, contenido en la sentencia proferida el 30 de Noviembre de 2016 de radicado No. T-00626-2016 (08-001-22-13-000-2016-00626-00), se indicó sobre este tema *"De manera que en casos, como el que nos ocupa, presentada la liquidación adicional del crédito por cualquiera de las partes, debe el Juzgado correr traslado a la contraparte, para que si lo estima, formule las objeciones a que haya lugar, acompañada de la liquidación alternativa en la que precisen los errores que se hayan advertido, y agotado tal tramite, decida el Juez si la aprueba o la modifica; y si bien es cierto que conforme al artículo 530 del C de P.C., la parte demandante puede solicitar la liquidación adicional del crédito previo al remate de los bienes embargados, y también procede cuando lo consignado por el ejecutado a órdenes del juzgado no alcance para cubrir la totalidad de la deuda, no quiere significar que se trate de un procedimiento establecido solo para esas eventualidades, pues el numeral 4º antes citado se aplica a todos los eventos en que se requiera actualizar el monto de los intereses moratorios en procesos ejecutivos desde que la obligación se haya hecho exigible, hasta que se produzca su pago total; razón por las que se impone tutelar el derecho fundamental del debido proceso de las actoras"*.

Y, la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que cita el accionante,²⁸ en relación con el argumento de que sólo procede la liquidación adicional del crédito en los dos casos mencionados, razonó que *"...Semejante hermenéutica desconoce que existen otros supuestos en los que la ley procesal habilita o establece con claridad, ya sea en términos literales o*

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Junio 16 de 2016. Rad. STC7911-2016 (08001-22-13-000-2016-00215-01). M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

implícitos –pero no menos contundentes-, que se lleve a cabo una liquidación adicional o actualizada del crédito; muestra contundente de ello es la previsión del artículo 522²⁹ del artículo mencionado, empleada pertinentemente como ejemplificación por el Tribunal de primera instancia y conforme al cual “Cuando lo embargado fuere dinero, una vez ejecutoriado el auto que apruebe cada liquidación del crédito o las costas, el juez ordenará su entrega al acreedor hasta la concurrencia del valor liquidado” (subrayado de la Corte) ...En suma, es protuberante el yerro de los accionados al sostener que los ejercicios liquidatorios adicionales o actualizados para la determinación del monto de las obligaciones se reducen a dos tipos; pues tal postura además de contrariar una admisible visión extensiva del tema, ni siquiera se compadece con la perspectiva restringida sobre el tópico, que cuanto menos, para soportar un test de razonabilidad, debe respetar la totalidad de los supuestos en los que la ley estima necesario conocer el monto real y actual de obligaciones base de recaudo”.

En consecuencia, y dado el yerro en que incurrió la jueza accionada, de disponer no acceder a imprimir trámite a la liquidación actualizada del crédito presentada por el demandante, bajo la consideración de que solo en dos supuestos fácticos ello resulta posible, ha incurrido en vulneración del debido proceso por defecto sustantivo, que impone la revocatoria de la sentencia de primer grado y en consecuencia conceder el amparo solicitado.”

Nota de Relatoría: La presente decisión tiene SALVAMENTO DE VOTO del Honorable Magistrado Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres quien se expresó así:

“Entiendo la ratio decidendi de la sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de junio de 2016, (STC7911-2016 Radicación No. 08001221300020160021501) que estudió un asunto de liquidación adicional pero resuelto con base en las normas del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que se amparó el derecho del peticionario, porque la interpretación dada por el juzgador de instancia había reducido a dos los casos en que la ley procesal permitía la liquidación adicional del crédito cuando la Sala de Casación Civil había encontrado otros eventos en que ella era posible frente a otras circunstancias procesales, es lo que se desprende del aparte transcrito en esta sentencia.

Empero considero que tal sentencia no avaló el hecho que el ejecutante pueda solicitar el trámite de liquidaciones adicionales por el mero purito de mantener el valor actualizado de su obligación.

Entiendo la norma del artículo 447 del Código General del Proceso, en el sentido de que en la medida en que se vayan entregando dineros luego de la ejecutoria de la liquidación adicional, sea factible realizar liquidaciones adicionales para establecer la imputación legal de esos abonos, reducir el capital si es procedente o aumentar los intereses según el caso.

En el caso presente, del memorial del ejecutante no se advierte la indicación de cuál es la causa legal que la autorice a solicitar la liquidación adicional del crédito y en el auto del

²⁹ Norma ésta contenida actualmente en el artículo 447 del Código General del Proceso.

Juzgado Sexto de Ejecución Civil Municipal abril 16 y junio 30 de 2017 se advierte que en este proceso no se ha materializado ninguna medida cautelar ni se han puesto dineros a disposición del Juzgado ni se ha realizado ninguna actividad fructífera en ese sentido, por lo que se concluiría que simplemente el actor quiere actualizar el valor del crédito, sin ningún resultado efectivo en el trámite procesal correspondiente."

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 audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín. Cualquier tipo de observación, podrá ser remitida al correo electrónico: rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

"Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el Derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia"

Gaceta Judicial, XLII, No. 1897, Página 1, 1936

