



BOLETÍN No. 58

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Septiembre – Octubre 2018

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. JORGE MAYA CARDONA
RADICACIÓN No. 08-001-31-03-004-2016-00022-01/ 41.017

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: NEGOCIO SIMULADO- Debe demostrarse su existencia a través de juicio declarativo para poder ser alegado como excepción al interior del proceso ejecutivo (Art. 784 Num. 11 C.Co.)/**AUTONOMÍA DE LOS TÍTULOS VALORES-** Los medios de prueba allegados no desvirtuaron esta condición en las letras de cambio objeto de la ejecución/**AUXILIAR DE LA JUSTICIA- Perito Grafólogo:** Debe acreditar su condición a través de la documentación exigida por la legislación procesal/ **DICTAMEN PERICIAL-** El juez no está obligado a acoger la pericia realizada por quien no demostró sus condiciones profesionales al interior del proceso/ **ACLARACIÓN DE VOTO:** *Las exigencias de acreditar la idoneidad profesional del perito aplica a los dictámenes que son incorporados con la demanda o contestación y para quienes no hagan parte de la lista oficial de auxiliares de la justicia que conforma el C.S.J.*

FECHA: Septiembre 26 de 2018

DEMANDANTE: Carlos Alberto Fernández Batle

DEMANDADO: Helder José Carriazo Escaf

Síntesis del caso:

En el presente asunto, a través del ejercicio de la acción cambiaria se pretende el cobro ejecutivo de letras de cambio, las cuales señala el demandado fueron entregadas como parte de un negocio simulado de cesión de acciones, por lo que en su sentir, no fueron entregadas como instrumento de pago, pues no se realizó la transferencia que daría origen al pago de ese derecho cartular.

Extractos:

“Señala el ejecutado que los títulos valores aportados como base del recaudo ejecutivo surgieron como consecuencia de un contrato simulado celebrado entre las partes, consistente en la devolución de unas acciones a favor del demandante dentro de una sociedad comercial, por lo que no podían ser presentados para el cobro sino devueltas al deudor, al momento de devolverse los bienes involucrados en la cesión.

El art. 619 del Código de comercio consagra los principios de literalidad y autonomía que gobiernan esta especie de documentos (títulos valores), indica que éstos repercuten precisamente en el acierto jurídico de su tenor literal, y la independencia de las obligaciones que de ellos emanan con relación a las personas que intervienen, los cuales para el presente asunto consisten en la orden incondicional que se plasma y la aceptación con la firma del ejecutado sobre las letras de cambio.

En el plenario no existe prueba idónea que refute la autonomía de las obligaciones contraídas, ni el contenido literal de los títulos valores, pues las pruebas documentales aportadas con la contestación de la demanda no logran demostrar la existencia de un negocio jurídico diferente, capaz de desvirtuar el contenido y la independencia de los mismos, ni mucho menos corroborar las hipótesis del ejecutado en el sentido que se trató de un contrato simulado de venta de acciones societarias, que involucró las letras de cambio aquí cobradas.

Sobre el argumento del censor, se advierte que los presuntos negocios jurídicos simulados originarios del negocio causal, contenidos en la Escritura Pública de Cesión de cuotas No. 0281 de 2014 obrante a folios 32 a 65, y en documento privado Acta de asamblea general extraordinaria de accionistas de la Sociedad Constructora Caribe 2000 S.A.S del 10 de marzo del 2016 obrante a folios 72 a 73, no son suficientes para demostrar la simulación de ello, pues para tal fin se requiere decisión judicial o prueba idónea diferente a los contratos de cesión y venta de acciones, que para el caso serían las llamadas contraescrituras de que trata el art. 1766 del Código Civil, o la sentencia judicial que declare la simulación de dichos actos jurídicos.

Se advierte que con los documentos aportados por el ejecutado, pretendiendo demostrar el animus simulandis o la apariencia que quisieron dar los intervinientes a los negocios jurídicos mencionados, de simulación, no son suficientes a un proceso ejecutivo singular, sino más bien a otro tipo de acción que tampoco es posible abordar por vía de excepción contra el mandamiento de pago, además que en dichos actos jurídicos intervinieron personas naturales y jurídicas diferentes a las partes del proceso, que tampoco podían ser citadas al proceso ejecutivo donde no aplica la figura del litisconsorcio necesario o similares.

Es por esto que si el demandado pretendía probar que las letras de cambio aportadas al proceso ejecutivo, obedecieron a un negocio simulado, debió primero probar la simulación del negocio jurídico mediante la acción pertinente, y seguidamente argumentar en el ejecutivo por vía de excepción frente a la acción cambiaria, que los títulos derivaban del negocio simulado de conformidad con el art. 784 numeral 11, lo cual no ocurrió.

(...)

No sobra agregar que el ejecutante aportó la carta de instrucciones de fecha 20 de septiembre obrante a folio 82, lo cual coincide en fecha con la de creación de las 05 letras de cambio objeto de la ejecución, carta que describe el negocio de mutuo con interés celebrado entre las partes, las sumas adeudas, las instrucciones para el llenado de los espacios en blanco (de las cinco (05) letras de cambio), y la firma del señor Helder Carriazo Scaff, que no fue desconocida en el proceso.

En conclusión los medios de prueba allegados no son idóneos para desvirtuar la autonomía y literalidad de los títulos valores base del recaudo, por lo que no prospera el recurso de apelación en este aspecto.

Sobre el reparo relativo al desconocimiento de la firma impuesta en la letra de cambio número 05, que pretendió demostrar la falsedad el ejecutado mediante dictamen pericial con perito grafólogo, se advierte que el perito si bien fue nombrado por el Juzgado de la lista de auxiliares de la justicia, en la oportunidad pertinente no aportó los documentos mínimos que acrediten su idoneidad y experiencia en el área de grafología, tal como lo exige el inciso cuarto (4º), y el numeral 3º del artículo 226 del C.G.P, que son:

*“El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. **El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.** (...)*

*3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. **Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.**”*

Mientras que el perito solo aportó la certificación del Jefe de oficina Judicial de fecha 26 de octubre del 2016 visible a folio 160, señala que el señor José Martín Ahumada Zambrano hace parte de la lista de auxiliares de la justicia vigente hasta esa fecha, y se encuentra habilitado para ejercer el cargo de “abogado curador ad-litem, abogado partidario, abogado liquidador, perito evaluador bienes muebles e inmuebles, perito evaluador automotores, perito evaluador de daños y perjuicios, otros cargos secuestro muebles e inmuebles sindico,

técnico grafólogo, curador, tutor; la cual fue expedida un año antes de la rendición del dictamen en audiencia del 26 de octubre del 2017.

La tarjeta profesional como perito grafólogo y documentólogo forense a folio 165, tiene fecha de expedición del 28 de julio de 2017, esto es mucho después de la inscripción en la lista de auxiliares de la justicia, pero ella por sí sola no es suficiente.

Pues no hay claridad sobre el tiempo de experiencia del señor perito en la especialidad de grafología, dado que no acompaña al dictamen ningún otro documento que acredite el ejercicio de esta profesión con posterioridad a la expedición de la tarjeta profesional (al menos título profesional o técnico), además que los dictámenes relacionados en el informe (folios 144 a 159), no señalan fecha en que fueron proferidos, y no puede suponerse que lo fueron con posterioridad a la expedición de la tarjeta profesional o a la elaboración del dictamen, por cuanto años atrás venía ejerciendo el cargo de auxiliar de la justicia pero en otras especialidades, según se aprecia de la licencia para ejercer como auxiliar de la justicia (folio 164) expedida el 30 de mayo de 2014.

Dado lo anterior no puede acogerse un dictamen con tales circunstancias, y en todo caso aun cuando el perito fue nombrado de la lista de auxiliares e interrogado en la audiencia de instrucción, esto no obligaba acoger el dictamen, pues el artículo 232 del C.G.P dispone que el Juez “*apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, **la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia** (...)*”, por lo que en la sentencia cuando se apreció el dictamen también se podía establecer la falta de idoneidad del perito.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene ACLARACIÓN DE VOTO de las Magistradas Sonia Esther Rodríguez Noriega y Vivian Victoria Saltarín Jiménez, cuyos argumentos fueron:

“...en lo relacionado con la idoneidad, experiencia y prueba del perito; de las calidades que debe tener el perito, debemos de hablar primero que todo, que para efectos de la integración de la lista de auxiliares de la justicia existe un Acuerdo PSAA1510448 del 28 de diciembre de 2015 que en su artículo 4 establece que (...).

Los parámetros establecidos para conformar la lista de los auxiliares de la justicia son los mismos que establece el artículo 48 del C.G.P., estos son que (...).

Es así como consideramos que el perito que aparece en la lista de auxiliares de la justicia ya ha acreditado todos los requisitos cumplidos por la ley al momento de inscribirse que lleva el C.S.J con lo cual basta la certificación expedida por la administración judicial que hace parte de tal lista para garantizar sus títulos, experiencia e idoneidad.

La licencia que expide el C.S.J. para actuar como auxiliar de la justicia a esas personas naturales o jurídicas sólo se dará a quien previamente hayan acreditado su idoneidad, sin embargo, al perito en la audiencia se le podrá preguntar por su experiencia, idoneidad, títulos, ya que aquellos en caso de dudas podrían absolverla oficiando al C.S.J. para que alleguen al proceso los soportes de su inscripción y que deberán reposar en tal entidad.

En el presente caso, el perito aparecía en la lista de auxiliares de la justicia además de perito evaluador, curador, como técnico grafólogo, por lo cual su condición debió ser previamente acreditada para que lo pudieran incluir en la lista respectiva.

El artículo 226 del C.G.P. exige tales requisitos de títulos, experiencia e idoneidad, aportados al momento de realizar el peritazgo porque se refiere al numeral 2° del artículo 48 del C.G.P., es decir, para aquellos peritos cuyo peritazgo sea presentado junto con la demanda o con la contestación y que sean pertenecientes a entidades privadas o públicas y que las partes hayan buscado su servicio para realizar un peritazgo.

Por esas razones consideramos que no había necesidad que el perito técnico grafólogo aportara tales documentos por ser miembro de la lista de auxiliares de la justicia cuya capacidad, idoneidad y experiencia ya había acreditado al momento de la inscripción."

DECISIÓN: CONFIRMA en todas sus partes la providencia apelada. Costas a la parte ejecutada.

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
Radicación: 08638-31-89-003-2015-00258-00 / 41.260

TEMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL- Derivada del ejercicio de actividades peligrosas como las explosiones o voladuras en la actividad minera/
PRUEBA DEL DAÑO- Viene dada por los estudios y conceptos científicos que determinaron la causalidad adecuada entre el deterioro de las pieles de los reptiles y las fechas de las explosiones realizadas por la demandada/
UNIDAD DE SINIESTRO EN EL CONTRATO DE SEGURO- Inexistencia: No puede darse este tratamiento cuando fue producto de eventos ocurridos en fechas distintas/ Son siniestros del mismo tipo pero no existe una sola causa/ Cuando se producen daños individualizados no hay unidad de siniestro o de reclamo
TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
FECHA: Septiembre 25 de 2018
DEMANDANTE: Exotika Leather S.A.
DEMANDADO: Canteras De Colombia S.A.S y Cementos Argos S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la causación de perjuicios a la demandante consistente en el daño causado en la piel de reptiles que utiliza para la realización de pieles, por cuenta de la ejecución irregular de la actividad minera desarrollada por las demandadas, por cuenta del uso inadecuado de explosivos.

Extractos:

“Analizadas cada una de estas hipótesis de forma razonable, con apego al acervo probatorio construido en el desarrollo del trámite procesal y valorados cada una de los elementos de pruebas que lo integran, a partir de las reglas de la sana crítica, esta Sala puede determinar que la primera hipótesis, de conformidad con la cual las explosiones constituyen la causa adecuada de las afecciones sufridas, toma mayor valor que la segunda, (...).

(...) la Sala debe precisar que existen elementos de juicio suficiente que permiten establecer con claridad meridiana que la causa de las afecciones (rasguños, rayones o mordeduras), sufrido por las babillas, se produjo por cuenta del comportamiento agresivo adoptado por éstas con ocasión de las vibraciones y el sonido derivado de las explosiones que se desarrollaban por parte de CANTERAS DE COLOMBIA S.A. en cercanías al zoológico. Cada uno de los elementos que ha encontrado la Sala para arribar a esta conclusión, se describen a continuación:

(i) Se encuentra ampliamente demostrado a partir del reconocimiento de cada uno de los biólogos o expertos que emitieron su concepto en el presente caso, que los cocodrilos y caimanes gozan de una alta sensibilidad ante los sonidos y vibraciones, no solo a nivel auditivo, sino también sensorial (a través de potros receptores corporales). (...)

Lo anterior coincide con lo descrito en el Informe presentado por el Grupo Herpetológico de la Universidad de Antioquia, en el cual se establece que las babillas tienen capacidad para escuchar sonidos de baja frecuencia (Hertz), aunque precisando que dichos sonidos deben estar por encima de 64 decibeles para caimanes y 124 para babillas.

(ii) Se encuentra demostrado que son diversas los factores que pueden afectar el comportamiento de estos animales, dentro de los cuales se enmarca precisamente los sonidos y vibraciones que se crean en el ambiente, los cuales pueden mantener a estos reptiles en una situación de estrés permanente o distrés, que conlleva a que éstos permanezcan en un estado de alerta constante,

respondiendo negativamente a los estímulos, particularmente a través de agresiones entre los mismos individuos.

(iii) El tiempo en el cual se presentaran las mordeduras, rasguños o rayones en las pieles de las babillas coinciden con el período en el cual se desarrollaban las explosiones en la cantera (entre finales del año 2010 y el año 2012). Valga precisar que, mientras que las pieles afectadas durante este período, el número de pieles afectadas ascendían a un 90% de la producción, para el año 2014, una vez finalizó la actividad a través de explosivos, este porcentaje bajó considerablemente, situándose tan sólo en el 2%. A la anterior conclusión se puede arribar, luego de realizar un cotejo entre la respuesta emitida por la CRA de fecha 9 de abril de 2015 con la certificación de inspección expedida por **BUREAU VERITAS**. (...)

(iv) De conformidad con la literatura aportada, se encuentran registrados casos en los cuales se establece la relación entre las voladuras a través de explosivos y las reacciones de los reptiles a los sonidos o vibraciones que se producen por cuenta de esta. "En el informe presentado por el experto se precisó que "El impacto de voladuras con dinamita ha sido documentado previamente. Voladuras dentro de 2 kilómetros de una finca de cocodrilos en África resultó en marcas de mordiscos en la cabeza y mandíbula, lesiones de piel y deterioración subsecuente de la calidad de la piel"

(v) Si bien es cierto, los informes presentados por la demandada en relación con los sonidos y vibraciones producidos por las voladuras, dan cuenta de que éstas tenían una baja intensidad, situándose por debajo de los límites establecidos por la Norma DIN 4150 para frecuencias menores de 10 Hertz, se debe precisar que estos estudios se efectuaron a las afueras del zoológico, no propiamente en el lugar en el que se encontraban los reptiles. De tal forma, se podría determinar que, aunque en niveles bajos, las vibraciones y los sonidos producidos por las explosiones sí llegaban al zoológico en las dimensiones que pudieron ser percibidos por los animales.

(vi) Lo anterior puede ser ratificado a partir del testimonio emitido por **SERGIO ARTURO MEDRANO BITAR** y la visita efectuada por un funcionario de la C.R.A., de los cuales se puede determinar que, luego de observaciones en el lugar de los hechos y del registro filmico, pudieron constatar que los animales reaccionaban a las explosiones, inclusive desde el momento en que se emitía la señal de advertencia de éstas. Tanto el funcionario de la C.R.A. como el experto coinciden en manifestar que una vez efectuada las voladuras, los animales emitían un sonido, el cual iba acompañado de zambullidas masivas.

(vii) El zoológico cumplía con los preceptos para la crianza y el buen manejo de los animales, sin que se pudiera advertir una anomalía que permitiera inferir a partir de ella, la afectación de las babillas. El experto **SERGIO MEDRANO** indicó que existen 3 premisas básicas en el manejo de los cocodrilos, a saber: infraestructura, alimentación y clasificación de los animales y que luego de revisar

esos aspectos, no se encontró ninguna inconsistencia con los protocolos que se tienen para el manejo de las granjas.

(viii) Las pruebas aducidas por la parte demandada en relación con la causa de las afectaciones sufridas por las babillas, no logra desvirtuar eficazmente la hipótesis de conformidad con la cual se atribuyen estos padecimientos a las explosiones llevadas a cabo en la cantera. Cabe precisar que lo que se hace en el informe presentado por el Grupo Herpetológico de Antioquia, entre otras cosas, es crear hipótesis a partir del establecimiento de elementos que, según éste, pudieron incidir en la causación del siniestro, tales como las condiciones en las que se encontraban los animales, el cautiverio, el hacinamiento, el ruido de la carretera, sin que sin que se pudiera comprobar efectivamente la incidencia causal de éstas circunstancias frente al siniestro.

(ix) Aunado a lo anterior, se debe aclarar que las condiciones aducidas en el referido informe ya existían antes del inicio de las voladuras, sin que se hubiera advertido una afectación en proporciones similares a las que se registraron durante el período en que se ejerció la actividad peligrosa. El único factor novedoso que se presentó durante el tiempo en el que se produjo el incremento de mordeduras o rasguños, fue precisamente el de explosiones que se desarrollaban en la cantera.

Así las cosas, se puede establecer que efectivamente la causa adecuada de las afecciones sufridas por las babillas, se encuentra circunscrita las detonaciones efectuadas por la demandada CANTERAS DE COLOMBIA S.A.S., lo cual conduce inexorablemente a establecer que ésta se encuentra llamada a responder por los perjuicios directos que sufrió la demandante con relación a la conducta o actividad peligrosa desplegada por aquella.

(...)

Valga precisar que en atención de principio de congruencia, tan sólo serán reconocidos las pérdidas sufridas por éste concepto –pieles vendidas como de segunda- dentro el período 2011-2012, tal como se estableció en las pretensiones de la demanda. Al momento de determinar el lucro cesante en la demanda, expresamente se señaló “La calidad de las pieles redujo su valor promedio de venta, durante el período 2011-2012. En el mismo sentido, en el punto 13 del acápite de los hechos del libelo incoatorio, expresamente se indicó “El porcentaje de las pieles de segunda pasó de ser el 2% a convertirse en el 100% de las producción en el período comprendido entre los años 2011-2012”

Se debe aclarar que no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios alegados por concepto de pérdidas de producción del caimán acutus y de erogaciones por concepto de comida, dado que estos no constituyen un perjuicio cierto y

no ha sido demostrado. Valga aclarar que en relación a los gastos por concepto de comida, la demandante ha debido acreditar la diferencia entre los gastos que se produjeron por este concepto, con anterioridad al período en el que se registraron las explosiones y los mayores gastos en los que se incurrió en virtud del hecho dañoso, lo cual no se encuentra demostrado.

En el mismo sentido, no habrá lugar al reconocimiento como perjuicios por concepto de las Notas Crédito en virtud de la calidad de las pieles, dado que no hay forma de establecer diferencia alguna entre las pieles que efectivamente fueron objeto de devolución con las pieles vendidas como de segunda. De tal forma, que si se accede a la reparación por concepto de pieles vendidas como de segunda, no habría lugar a acceder a la indemnización por concepto de notas de crédito, como quiera que se pudiera configurar una doble indemnización.

(...)

Ahora bien, como quiera que, por concepto de lucro cesante se accederá exclusivamente a las suma representada en la pieles pérdidas vendidas como de segundas, para establecer la cuantificación de éste perjuicio, se tomará como base la totalidad del cupo de aprovechamiento establecido por la Corporación Regional del Atlántico, a través de la Resolución 546 de 2012, para esta época, el cual correspondía 102.500 animales, menos las pieles que se vendieron como de primera durante el período 2011 y 2012, que equivale a 53.093, de conformidad con el Dictamen presentado por la misma demandante para controvertir el efectuado por OCHO AUDITORES. La anterior suma deberá ser reducida en un 20%, que es el porcentaje de pieles que normalmente era comercializado como de segunda según lo reconoció el mismo representante legal de la demandante en el interrogatorio de parte, arrojando una cifra final de 39.526.

Cabe precisar que, de conformidad con las Resoluciones de la CRA, la cuota de aprovechamiento refleja el número de individuos que tenía el zocriadero, con disponibilidad de ser comercializados. (Ver folio 90 del Cuaderno Principal Nro. 10) Establecida esta base, se multiplicará por la diferencia entre el valor de una piel vendida como de primera y una piel vendida como de segunda.

De conformidad con las facturas aportadas, se tiene que el promedio de una piel de primera corresponde a 80 dólares, de conformidad con las facturas correspondientes a los años 2011 y 2012, mientras que las pieles vendidas como de segunda, durante el mismo año y el año siguiente, correspondían a 56 dólares promedio (las pieles de segunda eran comercializadas con un valor entre 42 y 70.2 dólares), es decir, que existía una diferencia de 24 dólares que a

la tasa representativa promedio para el año 2012 -fecha para la cual se espera obtener la utilidad- arrojaba una suma de \$43.146. Pesos.

Efectuada la operación, 39.526 pieles por 43.146 arroja una suma de **\$1.701.436.196** la cual deberá ser actualizada a la fecha de la sentencia, arrojando una suma de **\$2.161.647.893,79**

Este, constituirá el único concepto objeto de reparación, habida cuenta de que, en atención del acervo probatorio construido, no hay forma de establecer otro tipo de perjuicios ni la cuantificación de éstos.

En lo que respecta al Daño emergente por concepto de construcción o adecuaciones de las instalaciones para mitigar el daño, no hay forma de establecer el quantum de las erogaciones en las que se incurrió por este concepto, dado que, a partir de la contabilidad de la demandante, no es posible determinar tal situación. (...)

En el caso bajo estudio, a pesar que se adujeron elementos probatorios con el fin de establecer la cuantía de cada uno de los perjuicios alegados, solo ha sido posible establecer el monto por concepto de lucro cesante de la forma ya indicada. Valga aclarar que pese a la actividad probatoria desplegada, no ha sido posible establecer otro tipo de perjuicio, de forma tal que tan solo se accederá a este rubro indicado.

En lo que respecta al llamamiento en garantía, la Sala debe precisar que efectivamente la aseguradora estaría llamada a responder en virtud del contrato de seguro celebrado entre ésta y la demandada principal, con aplicación del deducible correspondiente al 20% de valor del siniestro. Valga precisar que la cláusula relacionada con el deducible expresamente instituye: "Por uso, transporte y almacenamiento de explosivos: 20% del valor del siniestro, mínimo \$10.0000.000"

En lo que respecta a la cláusula de unidad del siniestro, la aseguradora alega que se debe dar aplicación a ésta, en virtud de lo cual tan solo se debe afectar la Póliza con vigencia 2009-2010, la Sala debe precisar lo siguiente:

Al interior de las Condiciones Generales del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, se estableció la siguiente definición:

"Constituye un solo siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa originaria, con independencia del número de reclamantes, reclamaciones formuladas o personas legalmente responsable."

En atención a lo anterior, se alega la aplicación del artículo 1073 del Código de Comercio, que expresamente establece: *“Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.*

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.”

En el caso bajo estudio, considera esta Sala que no habría lugar a darle aplicación a la cláusula referida, como quiera que, para tales efectos, resultaría necesario que un solo evento irradiara diversos acontecimientos dañosos, lo cual no ocurre en el sub-examine, como quiera que, si bien es cierto, existe una única actividad –el ejercicio de la actividad minera a través de explosivos- cada explosión efectuada entrañaba la potencialidad de infringir un agravio y corresponde en sí misma a una causa. Darle aplicación a esta cláusula sería tanto como decir, que de la primera explosión efectuada en el año 2010, devienen cada uno de los eventos dañosos y de los perjuicios reclamados.

En este caso, además, el hecho de ocurrir las explosiones en diferentes fechas deben entenderse como siniestros del mismo tipo pero no una sola causa llamada unidad de siniestro por la aseguradora, porque en cada evento se producen daños individualizados de variadas repercusiones y no puede confundirse con unidad de reclamo que tenga una misma causa u origen en un mismo hecho incorrecto.

De así suponerlo, estaríamos no frente a una cláusula delimitativa sino a una cláusula lesiva, por tal razón, no prospera el recurso frente a este punto.”

DECISIÓN: Confirma los numerales 1º, 2º, 3º, 7º y 8º; modifica los numerales 4º y 5º relacionado con la condena por lucro cesante y el reembolso que deberá realizar la compañía de seguros y revoca los numerales 6º y 9º de la sentencia de primera instancia.

SALA LABORAL

M.S: Dr. CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Radicación: 08-001-31-05-010-2014-00127-01/ 60.847-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Grado jurisdiccional de Consulta

TEMAS: FUERO SINDICAL- Permiso para despedir/ **PROCESOS DE MODERNIZACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS-** La reestructuración o liquidación de la entidad como

justa causa para autorizar el levantamiento de la garantía foral/ **PRESCRIPCIÓN-**
Términos comienzan a contabilizarse a partir de la decisión de la junta directiva
de liquidar la empresa

FECHA: Octubre 17 de 2018

DEMANDANTE: DIRECCION DISTRITAL DE LIQUIDACIONES

DEMANDADO: NOHEMÍ RUIZ CASTRO

Aspecto fáctico:

En el presente caso se estudia el proceso de levantamiento de fuero sindical a una profesional universitario de la extinta empresa Metrotransito S.A., la cual fue disuelta y liquidada por virtud de decisión de sus accionistas, encontrándose para la fecha de esa decisión amparada por fuero la aquí demandante.

Extractos:

“Ahora bien, la empresa demandante invoca como causal para obtener el levantamiento del fuero sindical de los demandados, el literal a del art. 410 CST, el cual es del siguiente tenor: *“Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero: a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento (...).”*

Se suscita entonces de manera singular dilucidar si existe justa causa para autorizar el permiso al demandante para despedir al demandado en su calidad de directivo sindical.

La entidad demandante trajo para acreditar la existencia de la justa causa como núcleo central para obtener el permiso para despedir a la demandada, la copia de la Gaceta Distrital No. 289 del 27 de junio de 2008, en donde se encuentra publicado el Acuerdo 008 del 6 de junio de 2008, mediante el cual se dispuso en su artículo 1: *“Facúltese al Alcalde Distrital de Barranquilla de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente Acuerdo, expida normas con fuerza de acuerdo, para modificar la estructura de la Administración Central y Descentralizados del Distrito.*

1. *Modificar la estructura de la Administración Central y Descentralizada del Distrito, suprimir, fusionar, reestructurar, transformar, crear, reasignar, escindir, adscribir o vincular entidades, organismos y dependencias de la Administración Distrital, secretarías de despacho y departamentos administrativos; establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado del orden Distrital (...).”*

Se allegó copia de Acta de Asamblea General de Accionistas No. 002, del 23 de diciembre de 2008, en la cual el Alcalde Distrital propone la disolución y posterior liquidación de la sociedad EMPRESA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE METROPOLITANO DE BARRANQUILLA – METROTRÁNSITO S.A. -, la cual fue aceptada, siendo designado como liquidador la Dirección Distrital de Liquidaciones (fls. 17-18), la cual fue elevada a Escritura Pública No. 2.137 del 23 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Barranquilla e inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 24 de diciembre de 2008 (fls. 82, 105-110).

Mediante Resolución No. 036 del 20 de febrero de 2009, la Directora Distrital de Liquidaciones ordenó la supresión de la planta global de personal de Metrotránsito S.A., en liquidación (fls. 19-26), y se dispuso que el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado, de carrera administrativa, entre otros se mantendrían vigentes de manera transitoria, los cuales son requeridos dentro del trámite liquidatorio, además, en defensa de la garantía constituida por las disposiciones legales y constitucionales a favor de los pre-pensionable, aforados, madres o padres cabeza de familia y las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, se preservan de manera transitoria, hasta que se culmine el proceso liquidatorio o se configuren los presupuestos fácticos y jurídicos para su retiro de la entidad según sea el caso. Aunque de dicho acto administrativo no se haya allegado prueba de su notificación, para el caso de autos la decisión de disolución y liquidación resulta suficiente para efectos de demostrar o no la configuración de la causal, pues la supresión de cargos, es una consecuencia de lo anterior.

Según el artículo 2 del Decreto 254 del 2000, por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, el proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución, tal como sucedió en el presente caso con el Acta de Asamblea General de Accionista extraordinaria de fecha 23 de diciembre de 2008.

Frente a los argumentos de la parte demandada, referido a que no se encuentra liquidada la entidad, considera este Tribunal que, contrario a lo manifestado, con la decisión de disolución y liquidación tomada por los socios de Metrotránsito S.A. en Asamblea General del 23 de diciembre de 2008, se materializa la supresión y liquidación de la empresa, pues hasta ese momento puede seguir ejerciendo sus actividades propias. De allí en adelante, toda su gestión debe encaminarse exclusivamente al proceso de liquidación, proceso que implica la realización de todas las diligencias legales, contables y financieras, entre otras, tendientes a liquidar definitivamente la empresa, entre las que se encuentra precisamente terminar las relaciones laborales con sus trabajadores, siguiendo lo establecido en el artículo 8 del Decreto 254 de 2000.

Así las cosas, encontrándose plenamente demostrado que se aceptó la disolución y posterior liquidación de Metrotránsito S.A., y, a su vez, se designó liquidador, emerge sin lugar a dudas que se configura la justa causa consagrada en el artículo 410 del C.S.T., literal a), para autorizar el despido de la trabajadora demandada amparada por fuero sindical.

(...)

El citado término de prescripción comienza a correr desde el mismo momento en que el empleador tiene conocimiento de la justa causa para solicitar el despido del trabajador aforado. Para el caso de autos, debe tenerse en cuenta que en el Acuerdo 008 del 6 de junio de 2008, se otorga al Alcalde 6 meses para decidir sobre la estructura de la Administración Central y Descentralizada del Distrito, plazo dentro del cual, acto administrativo en el cual no se ordenó la liquidación.

En esa línea, se decidió sobre la liquidación de la empresa en la Asamblea General de Accionista No. 002, del 23 de diciembre de 2008, siendo esa la causal alegada por la demandante para levantar el fuero sindical de la trabajadora y, por lo tanto, es desde ese momento en que se cuenta el término prescriptivo, el cual se terminó el 23 de febrero de 2009, fecha en la que se presentó la demanda (fl. 58), dentro del término legal. Por lo tanto, no operó el fenómeno prescriptivo."

DECISIÓN: Confirma Sentencia de primera instancia.

M.S: Dr. CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Radicación: 08-001-31-05-010-2014-00127-01 / 60.847 A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: COSA JUZGADA- **Inexistencia:** Cuando en el primer proceso se declara probada la excepción de falta de legitimación por activa y cuando es dísimil el derecho pretendido/ **RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100 DE 1993-** No resulta aplicable cuando la última cotización data de 1985/ **PENSIÓN DE VEJEZ-** Bajo el amparo del Acuerdo 016 de 1983/ **ACUMULACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIOS Y SEMANAS COTIZADAS-** Sólo es posible a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993/ Interpretación Corte Constitucional principios de favorabilidad y pro homine permite dicha figura (SU-769-2014)

FECHA: Octubre 17 de 2018

DEMANDANTE: Ismael Sarmiento Torregroza

DEMANDADO: Colpensiones y Almagrario S.A.

Síntesis del caso:

En el presente caso, se pretende el reconocimiento del derecho pensional a favor de un afiliado, hoy fallecido, que trabajó para una empresa industrial y comercial del Estado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y a quien le aparece reportada como última cotización efectuada en septiembre de 1985 contando con 60 años de edad, para dicha fecha.

Extractos:

“Así las cosas, para la Sala en el presente proceso no se encuentran cumplidos los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la empresa ALMAGRARIO S.A., pues en este caso se pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pretensión que escapa al petitum de la demanda inaugural inicial y que no fue dilucidada en sede judicial en el proceso primigenio que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad, que dicho sea de paso, la decisión de segunda instancia que puso fin al proceso determinó que se configuraba la falta de legitimación en causa por activa; por no poderse reclamar intereses e indexación a favor del actor por la omisión en el pago de cotizaciones al ISS; sin que expresamente se emitiera un pronunciamiento sobre la confirmación, modificación o revocatoria de la decisión de primer grado, en la cual se desestimó el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión por el lapso durante el cual no medió afiliación.

En todo caso, es claro para la Sala que no se estudió el derecho pensional del demandante, por lo que sin mayores elucubraciones puede colegirse que no operó el fenómeno de la cosa juzgada en el caso sub-examine, por lo que resulta desacertada la decisión de primer grado sobre el particular.

Ahora bien, observa la Sala que la Juez A quo, se adentró en el estudio del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, inadvirtiéndolo que el derecho pensional del demandante debía analizarse teniendo en cuenta la normativa vigente al momento en que el actor cumplió sesenta años de edad, y dejó de cotizar, esto es el 26 de junio de 1985, como quiera que nació el 26 de junio de 1925, según se observa en el registro civil de nacimiento incorporado a folio 46 del expediente y su última cotización tuvo lugar el 30 de septiembre de 1985, ver folio 353; así se evidencia en el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones; por lo que su derecho pensional debe estudiarse a la luz del Acuerdo 016 de 1983.

(...)

En el caso sub-examine, no es materia de discusión que el demandante laboró al servicio de Almagrario S.A., desde el 21 de marzo de 1970 al 3 de mayo de 1978; así consta en la certificación laboral incorporada a folio 17 y lo aceptó la

empresa demandada al descorrer el hecho primero de la demanda; indicando que hasta el 31 de diciembre de 1975 INAGRARIO S.A. tenía la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado y por ello, no estaba obligada a cotizar al ISS.

Entre tanto, se encuentra demostrado que el demandante cotizó 249,57 semanas según el reporte de semanas remitido por Colpensiones visible a folios 352 a 354, en el cual figura como última semana cotizada septiembre de 1985.

Ahora bien, es sabido que para la fecha en que el actor cumplió los sesenta años, no había disposición que permitiera la acumulación de tiempo de servicio y semanas cotizadas, pues ello se estableció en forma general a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones mediante la ley 100 de 1993.

Entre tanto, teniendo en cuenta que en la actualidad la Corte Constitucional en sentencia SU-769 del 2014, realizó una interpretación que se acompasa con los principios de favorabilidad y pro homine, permitiendo la acumulación de tiempo de servicios públicos no cotizados con los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador; si bien en la referida sentencia se abordó el estudio con base en el Acuerdo 049 de 1990; esa interpretación tiene cabida en el sub-lite, en la medida que en todo caso el Acuerdo 016/83; es una disposición propia del Instituto de Seguro Social; el cual contempla casi las mismas exigencias que el acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de vejez por parte de los afiliados.

Así las cosas, en el sub-lite, la Sala no encuentra razones para no tener en cuenta el tiempo de servicio no cotizado al ISS al servicio de Almagrario S.A., por el periodo mencionado que corresponde a 8 años, un mes y 12 días, equivalente a 417,8 semanas que sumadas a las cotizadas al ISS, arroja un total de 667.41 semanas al 30 de septiembre de 1985; encontrándose cumplido el requisito de las 500 semanas en vigencia del acuerdo 016 de 1983.

Conviene precisar que la garantía del derecho fundamental a la seguridad social se materializa a través del reconocimiento de las prestaciones por las Administradoras de pensiones autorizadas por la ley para ese efecto, por lo que es a la Administradora de Pensiones Colpensiones; la entidad que corresponde asumir la prestación económica, y por su parte a ALMAGRARIO S.A., trasladar con base en el cálculo actuarial que efectúe la entidad la suma correspondiente al tiempo de servicio que servirá para financiar la prestación.

(...)

Por lo anterior, resulta claro que el demandante causó el derecho pensional a partir del 1 de octubre de 1985; con posterioridad a la última cotización, no obstante, teniendo en cuenta que las demandadas formularon la excepción de prescripción, procede el estudio de la misma.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION

En el caso de autos, la reclamación administrativa ante el ISS se elevó el 26 de junio de 2012, ver folios 18 a 25, desatada a través de la resolución GNR 30615 del 9 de marzo de 2013, frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y, en subsidio apelación, el primero resuelto mediante resolución GNR 181993 del 15 de julio de 2013, notificada el 2 de agosto del mismo año; pero no se indicó nada respecto del recurso de apelación y la demanda se presentó el 11 de abril de 2014; por lo que se operó parcialmente el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de junio de 2009.

Ahora bien, al realizar las operaciones aritméticas con la colaboración del contador designado a esta Corporación se obtuvo una mesada inicial inferior al salario mínimo legal mensual vigente; por lo que se reconocerá la pensión en cuantía equivalente al salario mínimo legal, que para el mes de junio de 2009, correspondió a \$496.900, sobre 14 mesadas, con los reajustes anuales legales; hasta la fecha del fallecimiento del demandante, como quiera que consultada la base de datos del FOSYGA, se encontró que la cédula de ciudadanía del actor se encuentra cancelada por muerte, y se verifica con la información traída al expediente.

INTERESES MORATORIOS

(...)

En ese sentido, de conformidad con el precedente jurisprudencial, en el presente caso la Sala considera que el pago de dichos intereses no tienen vocación de prosperar, toda vez que el reconocimiento pensional se realizó siguiendo el precedente establecido en la SU-769 proferida por la Corte Constitucional en el año 2014. En consecuencia, no hay lugar a condena por este concepto y se absolverá a Colpensiones del pago de intereses moratorios, siendo procedente ordenar la indexación del retroactivo pensional reconocido, al momento en que se efectúe el pago y en aplicación de la fórmula legalmente establecida."

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia y en su lugar condena a Colpensiones al pago de la mesada pensional equivalente a un salario mínimo

del año 2009 con la indexación correspondiente. Declara prescritas mesadas causadas con anterioridad a esta fecha. Niega el pago de intereses moratorios

M.S: Dra. NOHORA EDITH MÉNDEZ ALVAREZ
Radicación: 08001 3105008201500107 / 58.822

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES- La falta de solemnidad del vínculo no desvirtúa los elementos que lo conforman/ **REVISOR FISCAL-** No existe en la legislación forma predeterminada que indique la forma de su vinculación/

FECHA: Septiembre 28 de 2018

DEMANDANTE: Santander Enrique Gómez Medrano

DEMANDADO: Promotora del Desarrollo del Distrito Central de Barranquilla S.A. "Promocentro S.A."

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se advierte que la parte actora solicita se decrete la existencia de un contrato de prestación de servicios de revisoría fiscal a favor de la demandada, frente al cual ésta se niega a cancelar los honorarios profesionales pactados verbalmente.

Extractos:

"En el presente asunto se busca se declare que entre la sociedad Promotora del Desarrollo Central de Barranquilla S.A. – Promocentro S.A. y el señor Santander Enrique Gómez Medrano existió un contrato de prestación de servicios profesionales de revisoría fiscal y el pago de honorarios profesionales dejados de percibir desde el 01 de Julio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013.

El juez de primera instancia señaló que la vinculación laboral de un revisor fiscal puede hacerse mediante contrato laboral o por prestación de servicios según convenga a la parte, pero en todo caso debe prever por escrito; es decir, es la ley la que establece la solemnidad para estos fines concretos.

El recurrente plantea que la solemnidad de escrito no significa que no se haya prestado el servicio de revisoría fiscal, que no se haya hecho de manera independiente, que no se haya actuado con autonomía, por sus propios medios, que no es o haya finalmente brindado el servicio ya que por lo tanto existió una relación contractual, que si no existe por escrito, existe de manera verbal, y está probado con el nombramiento inscrito ante la cámara de comercio y todo el tiempo de la prestación del servicio.

Lo que debe resolver esta Sala de decisión es, que si a falta de la solemnidad de un contrato escrito firmado entre el actor y la demandada, deba cercenarse el derecho a recibir la remuneración por la prestación del servicio como revisor fiscal del señor Santander Gómez a favor de Promocentro, siendo hechos aceptados por la demandada, el nombramiento, el cargo, la remuneración e incluso el incumplimiento del pago de honorarios, tal como se desprende de la contestación de la demanda.

Con todos los elementos anteriormente señalados para la Sala resulta claro que el actor tiene derecho a que le sea reconocida la existencia de un contrato de prestación de servicios tal como lo solicita, y como consecuencia de ello se ordene el pago de los honorarios que le han sido dejados de cancelar, pues no resulta lógico para la Sala en caso como el que nos ocupa, que el apego literal a la norma vulenre derechos de rango constitucional.

Es cierto que la Superintendencia de Sociedades se ha referido al tema señalado que, no existe una manera predeterminada por la ley a través de la cual las sociedades deban vincular a los revisores fiscales, luego, podrá hacerse indistintamente y según convenga más a ambos, bien a través de un contrato de trabajo o por medio de un contrato de prestación de servicios.

Así lo ha sostenido de tiempo atrás esa Superintendencia, entre otros, mediante Oficio No. 220-026757 del 4 de junio de 2004, que en sus apartes más relevantes expresa: "...Ha sido reiterada la doctrina de la entidad, en el sentido de afirmar que el amparo de las disposiciones legales que regulan la material, la vinculación del revisor fiscal con una sociedad puede hacerse bien a través de un contrato de trabajo o uno de prestación de servicios en forma independiente, atendiendo entre otros el Artículo 46 de la Ley 43 de 1990, de acuerdo con el cual siendo la retribución económica de los servidores profesionales un derecho, el Contador Público fijará sus honorarios de conformidad con su capacidad científica y/o técnica de conformidad con su capacidad científica y/o técnica en relación con la importancia y circunstancias en cada uno de los casos que le corresponde cumplir, pero siempre previo acuerdo por escrito entre el contador público y el Usuario."

La omisión en el presente asunto del contrato por escrito, pero encontrando probados todos los elementos necesarios para tener por acreditado la prestación del servicio por el demandante, la remuneración pactada, el apego a la norma citada no puede anular el derecho a que el señor Santander reciba el pago por la contraprestación de sus servicios como revisor fiscal."

DECISIÓN: Revoca integralmente Sentencia de primera instancia. Declara la existencia del contrato de prestación de servicios. Declara probada parcialmente la prescripción. Condena al pago de honorarios profesionales del demandante.

M.S: Dra. NOHORA EDITH MÉNDEZ ALVAREZ
Radicación: 080013105004201600155501/ 61.600

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: DESPIDO INJUSTO- Trabajadora en estado de debilidad manifiesta/
AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO DEL TRABAJO- Se requiere a pesar que el contrato sea a término fijo inferior a un año/
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- En la Sentencia SU-049-2017 se establece que la protección al trabajador es de raigambre constitucional y no se requiere la mínima calificación del 15% de pérdida de la capacidad que exige la Sala Laboral de la Corte Suprema

FECHA: Octubre 5 de 2018

DEMANDANTE: Cecilia Fontalvo Contreras

DEMANDADO: Carvajal Educación S.A.S. y Liberty Seguros de Vida S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia que absolvió de todos los cargos a su empleador que dio por terminado su contrato laboral, quien sufrió accidente de trabajo y se encuentra bajo tratamientos médicos y recuperación fisioterapéutica, evento que ha sido calificado por la ARL con un 11.93% de pérdida de su capacidad laboral.

Extractos:

“En el caso bajo estudio, alega la demandante haber iniciado labores en CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S. el día 8 de Agosto de 2012, vinculada mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con varias prorrogas hasta el 20 de junio de 2014.

Al momento de la terminación del contrato la actora tenía una pérdida de la capacidad laboral del 11.93%, de conformidad con la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez encontrado a folio 154, por lo que considera que por este hecho es una persona en estado de debilidad manifiesta y no podía darse por terminado su vínculo laboral, por lo cual el actor present demanda ordinaria, pues a su juicio CARVAJAL S.A.S. no siguió el procedimiento contemplado para despedir a quien goza de una estabilidad laboral reforzada.

La Sala encuentra que no se discute dentro del proceso que la demandante se accidentó dentro de las instalaciones, horario laboral y en ejercicio de sus funciones tal y como la demandada a folio 183, otro hecho que se da por aceptado por la demandada en su contestación a folio 184, es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que la junta de Calificación de invalidez otorgó a la señora CECILIA FONTALVO, del 11.93%.

Si bien el porcentaje con el que se califica a la actora no es el mínimo establecido por la Corte Suprema de Justicia, para una limitación siquiera moderada, el cual requeriría una pérdida de la capacidad entre 15% y el 25%, esta Sala comparte la posición que establece la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU 049 de 2017 que expresó:

“4.2. Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusiva de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho.”

Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta Sala que el hecho de que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral que la Junta de Calificación de Invalidez otorga a la demandante no supera el 15% que la Corte Suprema estableció como calificación mínima, esto no es obstáculo para desconocer la estabilidad laboral reforzada a la que la demandante tiene derecho por encontrarse en estado de debilidad manifiesta en virtud de sus padecimientos físicos y la pérdida de la capacidad de trabajo que sufrió, queriendo decir esto, que aun cuando el contrato a término fijo llegó a su fecha límite, se necesitaba contar con la autorización de ministerio de trabajo para darle finalización al mismo, pues la estabilidad laboral reforzada se aplica a todo contrato, la causa legal que se origina de los contratos a término fijo como es el caso concreto y el vencimiento del plazo pactado, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual deberá el empleador previo a la terminación del contrato de trabajo acudir al Ministerio del Trabajo para obtener el permiso para tal.

La jurisprudencia de la Corporación Constitucional ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, como lo es el caso de la demandante, quien además de la calificación de pérdida de capacidad laboral, aportó el seguimiento y control que mantenía con relación al antecedente del accidente laboral que sufrió, incluso en la evolución de fecha 27 de mayo de 2014, mes previo a la terminación del contrato, aún se puede observar la siguiente descripción: “Reciente muestra lesión degenerativa de meniscos, se inicio manejo fisioterapeutico. Refiere dolor persistente en codo y rodillas.”

Se desprende de la defense planteada por la demandada, quien no desconoce los tratamientos y terapias que ha adelantado la demandante, con relación a sus padecimientos de salud luego de ocurrido el accidente de trabajo, que al tener la demandante una pérdida de capacidad laboral del 11.93% no tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, como ya se explicó por esta Sala, la estabilidad laboral reforzada es procedente en el presente asunto por cuanto están demostradas las afectaciones de salud padecidas por la actora al momento de finalizar el contrato.

En conclusion, le asiste derecho a la demandante a la indemnización por despido en estado de incapacidad equivalente a 180 días de salario con fundamento en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reintegro y pago de lo salaries y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación conforme los argumentos expuesto.”

DECISIÓN: REVOCAR íntegramente la Sentencia de primera instancia y en su lugar CONDENAR a la demandada a cancelar la indemnización equivalente a 180 días de salario, reintegro y pago de los salaries y prestaciones sociales dejadas de percibir.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Radicación: 2018-00161-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: JUSTICIA PREMIAL-Preacuerdos y allanamientos a cargos: En esta materia el recurrente no está llamado a discutir asuntos de carácter probatorio/
ACEPTACIÓN DE CARGOS- En este evento no es dable reproches sobre la

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta/ **SUBROGADOS PENALES- Procedencia/AUDIENCIA DE VERIFICACIÓN DE ALLANAMIENTO**-Deber de los jueces de realizar de manera concentrada esta diligencia conforme al registro de audios, traslado (art. 447 L. 906/04) y lectura del fallo

FECHA: Septiembre 10 de 2018 **Audiencia de lectura de fallo:** Octubre 1 de 2018

PROCESADO: Daniel Sarmiento Nieto

DELITO: Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, la Sala aborda la alzada en razón a la censura que hace el defensor de un consumidor habitual de alucinógenos, para quien deprecia la concesión de los subrogados penales previstos en la ley.

Extractos:

“Esta Colegiatura resalta que en materia de preacuerdos y allanamiento a cargos, el recurrente no está llamado apelar asuntos probatorios, máxime si precisamente no hay debate oral porque el procesado decide de manera libre, consciente y voluntaria aceptar los cargos endilgados.

Asimismo, frente a la ocurrencia de alguno de los institutos prenombrados, el libelista no puede exponer reproches de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sumado a que tampoco, en el presente evento se está frente a una retractación por vicios del consentimiento o violación a garantías fundamentales invocada por el inculpado.

(...)

En este contexto, el apelante tiene una falta de interés para recurrir aspectos probatorios o de responsabilidad penal, toda vez que el procesado Daniel Enrique Sarmiento se allanó a los cargos.

Sin embargo, la Sala dará respuesta a la segunda propuesta del defensor, pues ésta alude a subrogados penales, aspecto frente al cual está legitimado para incoar la alzada.

(...)

Sobre este punto, el abogado expresó que su defendido tuvo como único propósito el consumo personal de la sustancia, y por ello, manifestó su desacuerdo con la no aplicación del artículo 68A del Código Penal, al no tener antecedentes, ni ser reincidente, por cuanto la exclusión de los beneficios que indica el artículo de referencia, implica que la persona no haya sido condenada por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores y abocó porque

le sea concedida a su prohijado los subrogados penales del artículo 68A y revocar la multa impuesta siendo que el procesado carece de medios económicos para el pago de la sanción.

Revisado el expediente, esta Colegiatura constata que en efecto, al ciudadano Daniel Enrique Sarmiento Nieto, le fue imputada la conducta de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, consagrada en el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, que señala una pena de 64 a 108 meses de prisión.

(...)

Así pues, dentro de este contexto normativo la Colegiatura infiere que si bien la conducta punible por la cual ha sido condenado el inculpado, tiene una pena mínima de 64 meses de prisión, es decir, no sobrepasa los 8 años de prisión, tal punible-fabricación, tráfico o porte de estupefacientes-, se encuentra prohibida por el legislador, para el otorgamiento de subrogados y beneficios penales.

(...)

Así las cosas, no es posible conceder la prisión domiciliaria al procesado, sin embargo, eso no implica que posteriormente pueda acudir al Juez de Ejecución de Penas a solicitar el beneficio del artículo 38 G¹, cuando lleve la mitad del cumplimiento de la condena, pues en esta oportunidad se observa

¹ Pues bien, el artículo 38G del Código Penal, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, señala: **(...Artículo 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código,** excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2° del artículo 376 del presente código...**). (Negrilla fuera del texto).

Aunque la norma indica "*la ejecución de la pena privativa de la libertad*", en febrero de este año, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, argumentó: "...Consecuente con lo anterior, el funcionario judicial al momento de analizar la procedencia del sustituto debe remitirse al artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, no podrá conceder ésta. Al respecto, el artículo 38G del estatuto penal sustancial, que fue adicionado mediante el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, dispone: Entonces, a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Beneficio que estaría llamado a conceder el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria..."¹.

que el señor Sarmiento Nieto, durante el trámite procesal estuvo en libertad y aún no ha sido capturado.

(iii) Otras consideraciones

Nota esta Sala, que en la ciudad de Barranquilla, se ha vuelto costumbre que una vez llegue la carpeta procedente del centro de servicios con el acta de allanamiento a cargos en audiencia de formulación de imputación, que los Jueces de Conocimiento, en lugar de verificar el allanamiento con los registros de audio, video y actas, fijan fecha para "audiencia de verificación de allanamiento", cuando pueden con base en ello, citar a las partes para la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, en el presente evento esta Colegiatura vislumbra que pese a que la carpeta fue allegada al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, en el mes de julio del año 2014, tal audiencia de verificación de allanamiento se aplazó en 17 oportunidades hasta instalarse finalmente el 26 de julio de 2018.

(...)

En consecuencia, al fijarse fecha para audiencia de verificación de allanamiento, dejando pendiente la diligencia del artículo 447 del C.P.P., no solo congestiona el Sistema, sino que permite que situaciones como la presente se configuren.

Pues bien, estima esta Colegiatura que el Juzgador ha debido verificar el allanamiento conforme al registro de los audios, dar el traslado del artículo 447 *ibídem* y leer la sentencia.

Si bien se reconoce que la nueva Juez en propiedad de ese Despacho Judicial aplicó tal criterio jurisprudencial, se ordenará que por la Relatoría de este Tribunal se remita copia de esta providencia a todos los Jueces Penales de Conocimiento de esta ciudad y Promiscuos del Atlántico, a fin que eviten situaciones como la aquí indicada."

DECISIÓN: Confirma sentencia condenatoria.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
Radicación: 0800131070012014000003 / 2018-000077-P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Solicitud de suspensión de la orden de la ejecución de la orden de captura



TEMAS: JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)- Alcances: Prevalece sobre las actuaciones penales, disciplinarias no administrativas por conductas punibles cometidas con ocasión, causa o relación directa o indirecta con el conflicto interno/ **SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN** – Pertenece al componente Justicia que se estableció con posterioridad a la firma del Acuerdo de Paz/ Una vez entrado en vigencia y con la posesión de sus Magistrados desplaza a la jurisdicción Ordinaria
PROCESADO: Flover Argeny Torres Sánchez
FECHA: Octubre 11 de 2018

Síntesis del caso:

En el presente asunto, el peticionario solicita se le conceda el beneficio de suspensión de la ejecución de la orden de captura con fundamento en el artículo 6° del Decreto Ley 706 de 2017, como quiera que los hechos por los cuales ha sido juzgado y condenado guardan relación con el conflicto armado interno declarado políticamente el 4 de mayo de 2011, y que, para la época de los mismos, fungía como miembro de las fuerzas militares.

Extractos:

“Para atender la Sala la solicitud del procesado es necesario primeramente precisar que la competencia para pronunciarse sobre la *suspensión de la ejecución de la orden de captura*, que actualmente pregona se le conceda en esta oportunidad, venía conferida por el Decreto Ley 706 de 2017 – artículo 6°- que asignaba a las autoridades de la jurisdicción ordinaria la facultad de resolver sobre su concesión con la finalidad de facilitar el sometimiento de los agentes del Estado a la Jurisdicción Especial para la Paz.

No obstante, debe iterarse que si bien es ésta la autoridad que ordenó la captura de Flover Argeny Torres Sánchez, tras hallarlo penalmente responsable de las conductas punibles de *desaparición forzada agravada, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado*, la competencia transitoria que había sido designada por la ley para resolver sobre la suspensión de la misma ya ha sido desplazada por el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, que entró en vigencia a plenitud con el inicio de operaciones por parte de las Salas de la Jurisdicción Especial para la Paz, tal como se explicará a continuación:

En desarrollo del artículo 22 de la Constitución política de Colombia que dispone que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, el

Gobierno Nacional adelantó diálogos con las FARC-EP para la dejación de las armas y el tránsito a la legalidad por parte de sus miembros; como resultado de estas negociaciones se suscribió por parte de las comisiones establecidas, en La Habana – Cuba el 12 de noviembre de 2016 el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; mismo que posteriormente fue firmado por el Presidente de la República y el representante de la organización armada el día 24 de noviembre de 2016 en Bogotá y posteriormente refrendado por el Congreso de la República.

En dicho Acuerdo, fue creado como componente de Justicia, el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*, cuyo funcionamiento según el numeral 15 del punto 5.1.2., tendrá lugar de manera simultánea e integral para todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado interno; así mismo, se estableció que la Jurisdicción Especial para la Paz, y dicho componente, prevalecería sobre las actuaciones penales, disciplinarias no administrativas por conductas punibles cometidas con ocasión, causa o relación directa o indirecta con el conflicto interno.

En desarrollo de dicho Acuerdo Final y con el propósito de ofrecer un tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo a los Agentes del Estado dentro de la Fuerza Pública respecto de los miembros de Las FARC-EP, el Decreto Ley 706 de 2017, reguló en el artículo 6º, una posibilidad adicional a la libertad transitoria, condicionada y anticipada, consistente en la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura en los siguientes términos:

“Artículo 6º. Suspensión de la ejecución de las órdenes de captura. En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, suspenderá las órdenes de captura que se hayan dictado o se dicten en contra de miembros de la Fuerza Pública, en las investigaciones o procesos adelantadas contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.”

Con posterioridad, se aclaró por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el beneficio en cita no sólo procedía para la fase de investigación sino que se extendía a todas las actuaciones incluida la ejecución de la sentencia, en otras palabras, que se trataba de un beneficio que abarca las órdenes de capturas dictadas para hacer cumplir la sentencia – como la que actualmente fue ordenada por este Tribunal- (AP3947-2017, Rad. 49470 CSJ).

De esta forma, fueron varias las determinaciones en las que se dispuso resolver sobre el mencionado beneficio a Agentes del Estado que se encontraban en condición de prófugos vinculados a investigaciones o procesos penales con órdenes de captura vigentes – sea para buscar su comparecencia al proceso o para el cumplimiento de la sentencia condenatoria- en miras, por supuesto, a facilitar el sometimiento voluntario de estos sujetos a la Jurisdicción Especial para la Paz.

Pero tal dinámica de la jurisdicción ordinaria encaminada a pronunciarse sobre este tipo de beneficios para los Agentes del Estado fue transitoria, es decir, mientras entraba en pleno ejercicio la Jurisdicción Especial para la Paz, cuyos magistrados sólo vinieron a posesionarse el pasado 15 de enero de 2018; por lo que a partir de esa fecha, se desplazó la competencia de las autoridades ordinarias para que fueran ventilados los asuntos referidos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, en la jurisdicción especialmente creada para ello. Así lo sostuvo la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en audiencia de fecha 27 de julio de 2018²:

“...Cuando fue expedido el Decreto 706 el 3 de mayo de 2017, la Jurisdicción Especial para la Paz no estaba en funcionamiento y por ende no había asumido la competencia preferente y prevalente a que se refieren los artículos transitorios 5 y 6 del AL 01 de 2017, por lo cual las decisiones atinentes a los beneficios eran adoptadas por la jurisdicción ordinaria, para conocer y resolver sobre las solicitudes de beneficios previstos no solo en la Ley 1820 de 2016, sino en el Decreto 706 de 2017.”

También la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, explicó en un caso similar de solicitud de suspensión de la ejecución de la orden de captura de un procesado que:

“... su manifestación de someterse a susodicha jurisdicción implica quedar a su disposición para que ésta resuelva: en primer lugar, si respecto de él es viable el mecanismo de la suspensión de la ejecución de la orden de captura con base en el Decreto 706 de 2017, o si procede alguno de los tratamientos regulados en

² Radicado 20171510093209. Récord 1:45 de la audiencia, transliterado en decisión de fecha 17 de agosto de 2018, Rad. 217200080102585E.

la Ley 1820 de 2016; y en segundo término, para que en ejercicio de su competencia “prevalente”, “preferente”, y “exclusiva” “sobre las demás jurisdicciones” respecto de todas “las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o relación directa con el conflicto armado”, resuelva en forma definitiva su situación jurídica conforme a las previsiones de los artículos 5, incisos 7º y 8º, y 25 transitorios del Acto Legislativo 01 de 2017, el artículo 5º del Decreto 706 de 2017.”

De tal manera que en este momento la Sala de decisión, si bien es la autoridad de la que emanó la orden de captura por el proceso que se surte en contra de Flover Argeny Torres Sánchez, no es la llamada a resolver sobre la solicitud de suspensión de su ejecución con fundamento en el Decreto Ley 706 de 2017, como quiera que con la entrada en vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, es a esa autoridad a la que le corresponde la competencia prevalente, preferente y exclusiva para resolver de la solicitud presentada por Flover Argeny Torres Sánchez.”

DECISIÓN: Remitir por competencia a la Jurisdicción Especial para la Paz -Sala de Definición de Situaciones Jurídicas- copias integrales del expediente, inclusive, la solicitud de suspensión de la ejecución de la orden de captura.

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 o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
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

