BOLETÍN No. 59
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Noviembre – Diciembre 2018

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RADICACIÓN No. 08001310301320150044603/ Número Interno: 41.395

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Aplicación directa de la Constitución/ **FUNCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SUPERINTENDENCIAS-** Deberes, contenido y alcance/ **PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD-** Compete el pago de las obligaciones dinerarias generadas a las EPS mientras no hayan sido liquidadas/ **INTERVENCIÓN Y LIQUIDACIÓN FORZOSO ADMINISTRATIVA-** Debe el liquidador ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias de las EPS sometidas a su control/**BIENES EXCLUIDOS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN-** Aquellos provenientes del sistema general de seguridad social en salud, y los que giran las entidades territoriales por concepto de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)/**SOLIDARIDAD CONTRACTUAL**- Entre las EPS intervenidas y la Superintendencia Nacional de Salud, derivada de las obligaciones contractuales insolutas, una vez se produce la toma de posesión y posterior liquidación de las obligadas principales (EPSs).
FECHA: Diciembre 4 2018
DEMANDANTE: Fundación Cambpell- Acumuladas
DEMANDADO: Superintendencia Nacional De Salud

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la alzada propuesta por la Procuraduría 13 Judicial II para asuntos civiles, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, y la Superintendencia Nacional de Salud, al considerar que a la Nación-SuperSalud no le asiste el deber jurídico de responder por las obligaciones derivadas de facturas giradas por la prestación de servicios recibidos por diferentes EPS liquidadas, que estaban bajo el control, vigilancia e intervención del ente de control aquí enjuiciado.

Extractos:

"Así las cosas, resulta claro que la labor de la Superintendencia no es sólo de designación del liquidador lo que en efecto presupone una delegación, sino de control y vigilancia no solo de los actos administrativos que expida que hoy no es objeto de discusión, sino también el cumplimiento, reconocimiento y pago de las obligaciones más aquellas tendientes a la satisfacción de prestación de servicios de salud en el SGSSS; lo que una vez contratadas y/o reconocidas por parte del Agente Liquidador designado por esta, y terminada la existencia legal de la entidad debieron cancelarse de conformidad a los tramites de ley precitados, concretándose así mismo el presupuesto de legitimidad de la Superintendencia Nacional de Salud para estar vinculada al proceso.
(…)

Resáltese, que la delegación que se predica, en el sub júdice más que una delegación de funciones orgánicas, es una delegación propia de las autoridades administrativas en desarrollo de su objeto social, velar por el funcionamiento y adoptar las medidas necesarias para resguardar el sistema de seguridad social para la prestación de un derecho fundamental como es el de salud, a través de la Nación por delegación de sus entes de control, y autoridades administrativas, quienes a su vez designan a sus agentes para la finalidad propia del sistema y resguardar los recursos destinados a la seguridad social en armonía a los postulados constitucionales.
(…)

Dicha delegación armónica, se constituye en ejercicio de las facultades otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud de inspección y control de las actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo, y evaluación del Sistema General en Salud a fin de resguardar la eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud; aún más dicha delegación se predica de las diferentes resoluciones de habilitación del objeto social por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de cada una de las EPS liquidadas. (*Véase Anexo Proyecto*).
De tal manera que resulta la prestación de los servicios a la salud respaldada directamente por las obligaciones nacidas de los contratos suscritos por ella misma y de manera solidaria las obligaciones nacidas por su autorización y por su deber genérico de control y vigilancia, dado que el no pago deviene del incumplimiento de esos deberes constitucionales y legales.
(…)

Aunado a todo el precitado recuento normativo, el Decreto 1543 de 1998 estableció expresamente cuáles son los recursos que deben ser excluidos de la masa de la liquidación, con el fin de evitar la desviación de los recursos de la Seguridad Social, tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado.

Posteriormente el 17 de abril de 2000, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular Externa No. 104 mediante la cual impartió instrucciones para el manejo de los recursos del SGSSS en los procesos de liquidación en el sentido de aclarar que los recursos del sistema **no son propiedad de las entidades en liquidación y los liquidadores deben excluirlos de la masa de liquidación**.
(…)

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de los procesos liquidatarios como consecuencia de la toma de posesión de las Entidades Promotoras de Salud, Entidades Adaptadas, programas de EPS de Empresas de Medicina Preparada y de las Cajas de Compensación Familiar y Administradoras de recursos del régimen subsidiado, deben ser excluidos de la masa de liquidación los recursos que pertenecen al Sistema General de seguridad Social en Salud**, teniendo en cuenta que dicho trámite no puede variar la protección legal que ha querido darle el legislador a dichos recursos.**
(…)

Con estos recursos y los que giren las entidades territoriales por concepto de UPC pendientes de giro a la fecha del inicio del proceso de liquidación, los cuales se manejarán en cuentas separadas**, DEBERÁ EL LIQUIDADOR** (designado por la Superintendencia Nacional de Salud) **proceder a cancelar a prorrata las deudas contraídas con las instituciones prestadoras del servicio de salud**. Deudas que en este proceso fueron reconocidas en la liquidación, pero que aún terminada la existencia legal de las EPS liquidadas, del libelo se extrae que no han sido canceladas pese a los trámites administrativos que se generaron.
(…)

En desarrollo de esa preceptiva superior, en este caso, las EPS, para poder prestar debidamente los servicios concernientes al comentado SGSSS y facilitar su acceso a los usuarios, debe contar con una red de prestadores de servicios de salud, llamadas Instituciones Prestadoras de Salud, las cuales, facultadas por aquéllas, proveen los servicios médicos convenidos.
(…)

A partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, no obstante, aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se ejecuten los trámites de rigor que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, bajo la dirección de la Superintendencia Nacional de Salud, trámites y contratos que se pactan en esta fase, que no dependen de la voluntad ni tampoco se celebran directamente por la intervenida, sino por el funcionario liquidador designado para el efecto.

(…)
En el presente asunto, los contratos que componen el titulo base de recaudo, fueron suscritos unos por los representantes legales habilitados y otro por aquellos designados por la Superintendencia de Salud a raíz de la toma administrativa para la liquidación de aquella, lo que, evidencia de las normas trasuntas la vinculación solidaria frente a la obligaciones nacidas de dichos contratos, siendo la principal forma de solidaridad, el pago de las obligaciones nacidas de dichas convenciones.

Quiere decir lo anterior, que la solidaridad de la Superintendencia de Salud respecto de las obligaciones nacidas de los contratos que sirven de recaudo ejecutivo tiene una primera vocación, cual es contractual, dado que los mencionados contratos fueron realizados bajo la situación de toma, primero administrativa y luego para liquidar por parte de la SUPERSALUD porque de lo contrario la intervención de orden constitucional y normativa en estas convenciones trascendería en inexistentes.

Razonar que la entidad interventora, sea para administrar o para liquidar una intervenida, no se vincula a los contratos para desarrollar el objeto social en esa etapa o que no tiene ninguna significación jurídica las obligaciones nacidas de dichas convenciones, sería ir en contra vía de la función propia de la interventora y de los ejes de la contratación contemporánea que rige a los contratos en general, más cuando en las resoluciones de toma para administrar y posteriormente liquidar, es la Superintendencia Nacional de Salud, la que previo remover los administradores de la entidad, designa el interventor, quien a la vez suscribe los contratos en lo subsiguiente, y se encarga de finiquitar el tramite liquidatario, que a su vez funge como representante legal como lo expresa el artículo segundo de la resolución N° 01072 de 2011, que dispuso la toma administrativa de SELVASALUD y la resolución 002865 de 2012 de la intervención para liquidar (folio145 del cuaderno principal y folio 334 del mismo cuaderno). (…)

Aún más, la cuestión se torna delicada, previendo que las EPS mencionadas, luego de la toma de posesión se encuentran totalmente liquidadas y extintas, por lo que no puede omitirse, el hecho consistente en que la liquidación de unas sociedades como SELVASALUD EPS, y las demás, persiguieron "*mediante la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la disolución, la realización de los activos sociales, el pago del pasivo externo, la repartición del remanente de dinero o bienes entre los socios y finalmente la extinción de la persona jurídica-sociedad*" por lo que luego del desarrollo proceso de liquidación, se extinguieron, conforme se acredita en el informe expedido por el Jefe de Oficina Asesora Jurídica, de la Superintendencia Nacional de Salud, José Manuel Suarez Delgado. (Fl.1-15 Cuaderno 5. Expediente Principal).

Lo anterior quiere indicar que dichas EPS. (LIQUIDADAS) en este momento no tienen la aptitud jurídica para ser sujeto de relaciones jurídicas y en efecto, no pueden ser titular de derechos y obligaciones procesales, ni asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso, en este caso el cobro de unos pasivos de servicios de salud en el SGSSS y que se desconoce las causas de su pago como ponen de presente los representantes legales de las IPS en las declaraciones de parte rendidas bajo la gravedad del juramento en la audiencia Inicial (MIN 01:40 CD audiencia 1. Expediente principal), Nótese como el artículo 53 del CGP reconoce la capacidad de las personas jurídicas para ser parte dentro de los procesos judiciales, partiendo del supuesto de que ellas existan.
(…)

En este sendero, no puede pretenderse que la obligación se cobre a una EPS que ya está liquidada y que en su oportunidad fue intervenida, por la Superintendencia Nacional de Salud entidad que representa a la Nación, quien es la llamada a responder por las obligaciones surgidas con posterioridad a esas liquidaciones, como principal inspector, vigilante y garante de la eficiencia en la prestación de los Servicios de Salud a los usuarios del sistema, del cual refulge una relación no solo de orden constitucional si no contractual en las obligaciones contraídas.

De aceptarse la inexistencia de una solidaridad contractual entre el Estado y las EPS liquidadas, estaríamos contrariando los fines y principios constitucionales del Estado Social del Derecho y el carácter público del derecho a la Salud dejando a la deriva la deficiente administración, control y vigilancia de los recursos destinados a las EPS para la prestación de los servicios de salud de los ciudadanos, y de la cual la IPS en cumplimiento de su deber legal y contractual bajo los postulados de buena fe, prestaron y continuaron así los servicios, que constan en las diferentes facturas glosadas y reconocidas en la fase de intervención liquidatoria, cuya fuente lo es el contrato de prestación de servicios con las EPS y que además muchos de ellos fueron firmados por agentes interventores, obligaciones que itérese en ningún momento han sido desconocidas, ni desvirtuadas por la Superintendencia Nacional de Salud en gestión de sus funciones de control financiero de las EPS liquidadas.

Existe pues, un deber de lealtad y colaboración para renegociar las deudas de la parte contractual mas débil, una colaboración para mantener el vínculo y la realización de la función social y constitucional del contrato que se celebró y del cual su cumplimiento aun en la fase liquidatoria se incumplió por una de los contantes sometidas al control inspección delegación y vigilancia estatal, quebrantando sin elucubración alguna, uno de los principios jurídicos que ciñen el derecho de los contratos como lo es ciertamente la BUENA FE, de allí surge precisamente el quebranto constitucional de este postulado en el sub examine.

(…)
Reparo que evidentemente no prospera, pues la solidaridad contractual de la Superintendencia Nacional de Salud, frente a las obligaciones que se cobran en esta vía ejecutiva se encuentra acreditada. Porque de lo contrario se concluye que si las entidades que están liquidadas solamente respondan por los contratos, el dejar que la Superintendencia no deba cumplir con dichos contratos del cual fueron garantes, a sabiendas para no pagar, es contrario a la ley y a la moral.

En corolario, aquí nos encontramos frente a dos tipos de situaciones, partiendo de la base que la obligación lo componen títulos claros expresos y exigibles, no obstante las EPS ya se encuentran liquidadas, y sin existencia legal para asumir obligaciones propiamente del sistema y del cual 1. Los pasivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al momento de la liquidación debieron ser pagados prioritariamente por el liquidador, y 2. El incumplimiento contractual del pago de aquellas obligaciones suscritas en contratos por los Agentes delegados durante la Toma de posesión e Intervención Forzosa Administrativa para administrar y liquidar, lo que no pueden ser Agentes interventores especiales autónomos, cuando hay un órgano supervisando sus determinaciones."

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Alfredo Castilla Torres, cuyos argumentos principales fueron:

"En este asunto NO se configura la existencia de un título ejecutivo contractual ni "simple" ni "complejo" que reúna los requisitos exigidos por el anterior artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y por el actual 422 del Código General del Proceso para imponer al Estado Colombiano, a través de su ente de control, la Superintendencia Nacional de Salud el pago forzado de las obligaciones reclamadas por los ejecutantes.
(…)
En el caso presente, los ejecutantes pretenden el recaudo ejecutivo, en acumulación de pretensiones, de una serie de cuentas o facturas de cobrro, que en su tenor literal no expresan ni señalan como deudor de las obligaciones allí contenidas a la Nación Superintendencia Nacional de Salud y que no tienen constancia de que hubieran sido entregadas o remitidas a ese Ente de Control, para que una vez surtido el plazo legal correspondiente frente a tal Superintendencia tener como "completos" esos títulos ejecutivos ante el silencio omisivo no de presentar reclamos o glosas contra el contenido de los cobros relacionados en esas cuentas de cobro; ni tampoco contienen la relación de servicios autorizados o mercancías compradas por la Superintendencia.

Los demandantes (principal y acumulados) indican y confiesan en sus demandas que sus facturaciones fueron expedidas a cargo de unas determinadas Empresas Promotoras de Salud, que fueron las que contrataron con ellos y autorizaron esos

servicios y suponiéndose que fueron esas entidades quienes dejaron vencer los términos correspondientes sin pagarlas.

(…)
La Nación a través de su ente de control la Superintendencia Nacional de Salud nunca ha sido considerado como un ente responsable del pago de facturas de los servicios de salud, los artículos del decreto 050 de 2003, no autorizan el desconocimiento de las normas que se han expedido desde el inicio de la entrada en vigencia de ala Ley 100 de 1993, para establecer los requisitos de la facturación y su consiguiente exigibilidad, ni tampoco pueden aplicarse a la Nación - Superintendencia Nacional de Salud, por cuanto que esta no actuó en esas relaciones de servicios ni como IPS, ni como EPS, ni como subcontratista de esos servicios, sino como un Ente de Control a nombre de la Nación colombiana, ni tampoco tiene entre sus funciones y facultades la de ser Administradora o representante del Fosyga.

(…)

Dentro del proceso ejecutivo civil no es procedente el utilizar los conceptos de "delegación de la prestación del servicio de salud" a los colombianos, ni el principio de "solidaridad" del régimen de seguridad social frente a los pacientes para complementar y pegar una serie de documentos que en sí mismos están incluidos en regímenes legales y jurídicos disimiles, para conformar este título ejecutivo.
(…)
De la mera lectura de los actos administrativos a través de los cuales la Nación Superintendencia Nacional de Salud ejerciendo sus labores de ente de control y vigilancia hubiere autorizado el funcionamiento de esas EPS, y luego las hubiera intervenido y liquidado se extrae la responsabilidad meramente objetiva de que ello implique que la Nación deba asumirel pago de todas las obligaciones dinerarias generadas por esas EPS durante su tiempo de funcionamiento y que al final de su existencia pueden estar insolutas.

Las referidas EPS no celebran esos contratos ni ordenaron la prestación de esos servicios a nombre y representación de la Nación ni de la Superintendencia Nacional de Salud, no estaban facultadas para ello, ni siquiera cuando tales contratos y facturas se hubieren suscrito por los administradores designados por la Superintendencia durante la Toma de Posesión, puesto que las resoluciones correspondientes no les confirieron a esas entidades ni a esos administradores la capacidad de representar a la Nación ni la facultad para realizar contratos o asumir obligaciones en su nombre; en ese orden de ideas no existe una relación contractual entre la Superintendencia Nacional de Salud y cada uno de los acreedores acumulados, ello no se desprende del tenor literal de ninguno de los documentos aportados con las demandas ejecutivas."

DECISIÓN: CONFIRMA la providencia venida en alzada, excluyendo lo correspondiente al crédito de la parte demandante Fundación Clínica Campbell, por haberse admitido el desistimiento de sus pretensiones.

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
Radicación: 08001-22-13-000-2018-00129-00 / Número Interno: 41.253

TIPO DE PROVIDENCIA: Recurso Extraordinario De Revisión
TEMAS: CAUSAL SÉPTIMA DE REVISIÓN- Indebida representación o falta de notificación o emplazamiento/ Para su procedencia debe estar acreditada una falta de notificación absoluta al recurente/ **CONVALIDACIÓN DE LA NULIDAD -** La indebida o irregular notificación alegada fue convalidada cuando el revisionista actúo dentro del proceso, sin alegar tal circunstancia como causal de nulidad
FECHA: Noviembre 26 de 2018
REVISIONISTA: Merly Del Socorro Cepeda
SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN: De fecha 6 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Descongestión de Soledad

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se sustenta el recurso con base en la causal 7° del artículo 355 del C.G.P., referida a la indebida representación o falta de notificación o emplazamiento del recurrente, por considerar éste que el apoderado de la parte ejecutante conocía su dirección de notificación y aún así suministró una dirección errada al despacho judicial, razón por la cual la diligencia de notificación se realizó de forma indebida.

Extractos:

"La causal séptima de revisión hace referencia expresa a: "Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.". Son dos hipótesis las que contempla la disposición descrita. En la primera de ellas, se consagra como causal de revisión el hecho de que el recurrente o revisionista se encontrara incurso en una indebida representación al interior del proceso en el cual se dictó la sentencia objeto de revisión. La segunda hipótesis enmarca el supuesto de inexistencia o falta de notificación del recurrente, de tal forma que, se le impidiera a éste ejercer el derecho de defensa.

Valga precisar que, para que se configure la causal de revisión aludida, es precisamente el revisionista quien debe encontrarse incurso en alguno de estos supuestos, de manera tal que, éste no estaría facultado para alegar una indebida representación o falta de notificación de un sujeto procesal distinto. Aunado a ello, para declarar fundada esta causal de revisión, ésta no ha debido ser convalidada o saneada, dado que si así lo fuere, no habría

fundamento jurídico o táctico para declarar su prosperidad, teniéndose por superada tal circunstancia.

En resumen, se puede señalar que para que la causal alegada pueda acreditarse de forma fehaciente, deben demostrarse los siguientes elementos:

a. El revisionista debe tratarse del sujeto procesal afectado con la indebida representación o la falta de notificación o emplazamiento, al menos que exista un litisconsorte necesario.

b. Debe responder a supuestos de indebida representación o falta de notificación absoluta, de forma que le impidiera al recurrente ejercer el derecho de defensa de sus intereses al interior del proceso.

c. La nulidad no ha debido sanearse o convalidarse.

(...)

En el caso bajo estudio, la revisionista adujo la configuración de la causal aludida, alegando que el apoderado judicial de la parte ejecutante conocía la dirección real de ésta, dado que ya había tramitado un proceso en su contra y aun así suministró la dirección de notificación errada, con el propósito de impedir que la demandada ejerciera el derecho de defensa al interior del proceso en el cual se profirió la sentencia objeto de revisión. Valga precisar que en la demanda ejecutiva se señaló como dirección de notificación la carrera 27 Nro. 12-27 del Municipio de Soledad, en tanto que en la demanda tramitada en el Juzgado Once Civil Municipal de Barranquilla se estableció la dirección real, esto es, carrera 27 Nro. 11-23 del Municipio de Sabanalarga.

Con el propósito de demostrar esta situación se aportó copia de los documentos contentivos, tanto de la citación para la notificación personal, como de la diligencia de notificación por aviso, donde se corrobora que la dirección de notificación de la señora MERLY DEL SOCORRO CEPEDA correspondía efectivamente a la carrera 27 Nro. 11-23 del Municipio de Sabanalarga y no a la dirección señalada en la demanda ejecutiva iniciada por la COOPERATIVA COOCREDISER.

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que efectivamente al incoar esta última demanda se indicó, de forma indebida, una dirección de notificación de la demandada. Sin embargo, esta circunstancia por sí misma no conduce a que prospere la causal de revisión invocada, se debe reiterar que para lograr demostrar la configuración de esta causal de revisión, deben acreditarse los siguientes elementos:

a. El recurrente debe tratarse del sujeto procesal afectado con la falta de notificación o emplazamiento, al menos que exista un litisconsorte necesario.

b. Debe responder a supuestos de falta de notificación absoluta, de forma que le impidiera al recurrente ejercer el derecho de defensa de sus intereses al interior del proceso.

c. La nulidad no ha debido sanearse o convalidarse.

En el presente caso no estamos ante una falta de notificación absoluta que impidiera a la revisionista ejercer su derecho de defensa al interior del proceso ejecutivo tramitado en su contra, como quiera que ésta actuó al interior del mismo, a través de apoderado judicial, sin que alegara como causal de nulidad la circunstancia descrita al interior del presente trámite. A folio 75 del Cuaderno principal se advierte el poder conferido por la señora MERLY DEL SOCORRO CEPEDA al abogado JORGE ALBERTO BARRAZA POMBO, el cual fue aceptado mediante providencia del seis (06) de junio de 2017. A folio 79 del Cuaderno Principal se observa memorial presentado por este apoderado judicial solicitando la conversión de títulos judiciales, así como se advierte que éste recibió los referidos depósitos judiciales. Cabe precisar que el apoderado judicial de la demandada NO presentó solicitud alguno tendiente a declarar la nulidad de lo actuado al interior del referido proceso ejecutivo, en virtud de la indebida notificación, convalidando de esta forma la nulidad que actualmente se alega.

Valga reiterar que, para que se configure esta causal de revisión, la falta de notificación debe ser absoluta, de forma que impidiera el ejercicio del derecho de defensa de la interesada y la nulidad no ha debido convalidarse por parte de ésta. Estos supuestos no se encontrarían estructurados en el sub-examine, habida cuenta de que la revisionista actuó al interior del proceso, sin alegar tal circunstancia como causal de nulidad."

DECISIÓN: DECLARA INFUNDADO el medio extraordinario de revisión propuesto.

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
RADICACIÓN No. 08- 001 -31 -03 -013 -2015 -00509 -02/ Número Interno: 40.969

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: MÉRITO EJECUTIVO DE LAS FACTURAS- Requisitos para salir avante la acción cambiaria/Deben estar libradas en contra del deudor demandado/**CARGA DE LA PRUEBA**-Incumbe al ejecutante demostrar que presentó para el cobro los títulos valores objeto de la ejecución
FECHA: Noviembre 13 de 2018

DEMANDANTE: Asociación Clínica Bautista
DEMANDADO: Empresa Promotora de Salud "NUEVA EPS"

Síntesis del caso:

En el presente asunto se estudia el evento en que el juez de primera instancia encontró demostrada la figura de la prescripción extintiva de la obligación emanada de sendas facturas de compraventa, las cuales adolecían de requisitos para cobrar mérito ejecutivo.

Extractos:

"…aduce la parte ejecutante que los documentos anexados como base del cobro coactivo tienen origen contractual, pues dichas facturas fueron emitidas con base en el contrato de prestación de servicios médicos suscrito por la UNION TEMPORAL SALUD INTEGRAL PARA LA NUEVA EPS, de la cual hacía parte la demandante ASOCIACIÓN CLÍNICA BAUTISTA, con la NUEVA EPS, las cuales para ser presentadas al cobro requerían estar acompañadas de una serie de documentos de soporte determinados por los contratantes como medio de verificación de la prestación de los servicios contratados, y como prueba de ello incorporó junto a la demanda el contrato de conformación de la aludida unión temporal representada legalmente por la empresa SERVIR ATLÁNTICO S.A., como también el contrato de prestación de servicios médicos que esta última realizó con la NUEVA EPS, visto a folios 19 a 28 del cuaderno principal.

Presentada la demanda, el juzgador de primera instancia estimó que dichas facturas reunían los requisitos formales para ser consideradas títulos ejecutivos, es decir, que se tenía certeza que provienen de la entidad deudora, y que contienen obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de ésta; entidad ésta que se opuso a la ejecución invocando varias excepciones de mérito, entre éstas la de prescripción extintiva de la acción que se declaró acreditada, con la consecuente orden de terminación del proceso. Esta decisión fue impugnada por la parte demandante, y correspondería en esta instancia resolver sobre ella.

Sin embargo, tal como razonó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada, antes de acometer el análisis de las exceptivas, constituye obligación del juzgador verificar si el título allegado como base de la ejecución reúne los requisitos previstos en el art.488 del C.P.C., hoy art. 422 del C.G.P., esto es, si de éstos emana la certeza de que provienen de la empresa demandada y contienen una obligación clara, expresa y exigible que ésta tenga la obligación de honrar a favor de la demandante.

En este orden de ideas, encontramos que en la cláusula décima del contrato de conformación de la UNIÓN TEMPORAL SALUD INTEGRAL PARA LA NUEVA EPS, sus integrantes, entre éstas la ahora demandante, convinieron en la clausula décima primera, parágrafo segundo del contrato, que "...cada contratante mantendrá su autonomía jurídica, económica, técnica y administrativa...", indicativo de que cada uno de ellos podía facturar directamente a la NUEVA EPS los servicios médicos que prestara a sus afiliados y beneficiarios, en virtud del contrato suscrito por la aludida unión temporal; sin embargo, del análisis de la totalidad de las facturas base de la ejecución, se advierte que éstas no fueron libradas a cargo de la NUEVA EPS y tampoco fueron presentadas para su pago ante dicha empresa promotora de salud; sino que figuran libradas a cargo de la UNIÓN TEMPORAL SALUD INTEGRAL PARA LA NUEVA EPS, apareciendo en ellas sellos indicativos de haber sido entregadas a la administradora de dicha unión temporal SERVIR ATLÁNTICO, sin que dichos documentos contengan mención de haber sido a su vez presentados al cobro ante la NUEVA EPS, o que la Unión Temporal le hubiere facturado a la hoy ejecutada con base en dichos títulos.

Sobre este particular, preciso es señalar que los artículos 772 y 773 del Código de Comercio, modificados por los arts. lo y 2o de la Ley 1231 de 2008, prescriben que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio la factura de venta; que una vez aceptada por este último se considerará que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado; y el art. 780 de la misma codificación previene que ante la falta de aceptación o aceptación parcial del título de que se trate, procede el ejercicio de la acción cambiaría; todo lo cual, en armonía con el actual art.422 del C.G.P., implica que para atribuir a una persona responsabilidad en el pago de una factura se erige en requisito necesario que ésta haya sido presentada al deudor para su pago, y que éste la haya aceptado total o parcialmente, o que de la misma forma haya dejado vencer el plazo correspondiente, sin presentar reparos contra la misma.

Haciendo una revisión de las facturas base de esta ejecución, se advierte entonces que ninguna de ellas aparece librada contra la NUEVA E.P.S., y tampoco emana de ellas la prueba demostrativa de habérselas presentado al cobro a la ejecutada, luego entonces ante la falta de certeza de que tales facturas comprometan la responsabilidad patrimonial de la demandada, se impone la revocatoria del mandamiento de pago solicitado por la parte ejecutada, con la consecuente terminación del proceso; sin necesidad de entrar a examinar la excepción de prescripción que se declaró probada dado que no resultaba en las condiciones antes enunciadas, emitir auto de pago; lo que implica revocar la providencia de primer grado y adoptar la decisión que corresponde en armonía con los argumentos expuestos."

DECISIÓN: REVOCA sentencia anticipada. Y en su lugar revoca el mandamiento de pago, declara terminado el proceso y levanta medidas cautelares.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RADICACIÓN No. 08001315300620130023401/ Número Interno: 41.360

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: ACTO MÉDICO COMPLEJO- Para que produzca el deber de indemnizar deberá acreditarse el vinculo de causalidad entre cada uno de sus integrantes y el daño padecido por el paciente/ **VIOLACIÓN DEL PROTOCOLO DE ANESTESIOLOGIA-** Carga probatoria que debe asumir el demandante respecto del profesional enjuiciado/ **SANCIONES DEL TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA**- No pudieron ser valorados como indicios por carecer de los presupuestos de concurrencia, pluralidad, concordancia y convergencia con otros medios de prueba dentro del proceso.
FECHA: Noviembre 19 de 2018
DEMANDANTES: Erika Isabel Pino Montenegro, Ana Isabel Montenegro Suarez y Aris Enrique Alarcón Barrios
DEMANDADOS: Organización Clínica General del Norte, Coomeva EPS, Katty Lopez, Erick García y Luis Torres.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, busca la parte actora declarar a los demandados civilmente responsables por los daños y perjuicios causados al niño XXXXXXXX, como consecuencia de la intervención quirúrgica a él realizada, quedando con secuelas de traumatismos neurológicos, representados en una cuadriplejía en sus miembros, así como, cerebral, sumido en un estado vegetativo, por lo que sigue en tratamiento de rehabilitación.

Extractos:

"Con la prueba documental traída al proceso, de manera especial, la historia clínica muestra que el niño XXXXXXXXXX ingresó a la Organización Clínica General del Norte el día 08 de noviembre de 2010 a las 05:02 p.m. por "trauma en codo derecho posterior a una caída de su propia altura, sin pérdida de conocimiento, más, dolor, edemas, y limitación a la movilización, motivo por el cual consulta". Y diagnóstico de ingreso: "luxación del codo – no especificada". Se anota como diagnóstico pre – operatorio "fractura epífisis inferior humero derecho"; procedimiento a seguir "reducción abierta fractura humero derecho con fijación interna" y al finalizar el procedimiento quirúrgico presentó "bradicardia extrema que requirió maniobras de

reanimación cardiopulmonar en sala preparatoria" o "disminución anormal del ritmo cardiaco por debajo del límite". Lo que generó en el menor deterioro neurológico evidenciado en "cuadriplejia espástica con mayor compromiso flexor en MMSS y mayor compromiso extensor en MMII. Ausencia del control de cabeza, interferencia refleja patológica sin enfoque visual, sin fonación, sin deglución, sin recibir comandos verbales y ejecución de órdenes".

Así surge evidente que el niño XXXXXXX ingresó a la Organización Clínica General del Norte en condiciones neurológicas normales y después del procedimiento quirúrgico ortopédico realizado presentó parálisis cerebral[1] en el tipo de cuadriplejia espástica. Lo que acredita en principio el hecho de donde se desprende el desvalor reclamado y el daño mismo, de la parte actora.

No obstante, para que nazca la obligación de indemnizar resultaba necesario acreditar que las lesiones sufridas por el menor de edad tuvieron su origen en el acto médico complejo brindado. Puntualmente que la "bradicardia extrema" o "disminución anormal del ritmo cardiaco por debajo del límite presentada dentro del procedimiento quirúrgico de "reducción abierta fractura humero derecho con fijación interna" fue producto de la dosis excesiva de anestesia aplicada al paciente, tal como se dijo en la demanda. Significa, entonces que resulta necesario demostrar la relación existente entre la conducta médica que intervinieron en la operación y el resultado fatídico producido.

(…)

En el caso concreto, la parte demandante llama a ocupar el extremo pasivo a una pluralidad de personas que por su profesionalidad (anestesiólogo, cirujano, ortopedista, EPS, IPS, etc.) tiene diferente forma de relacionarse con el acto médico en que se fundamenta la reclamación indemnizatoria, por tanto, si lo que espera es que en sentencia se les condene a todos, debe demostrarse claramente y de manera determinada como cada uno de ellos, de manera particular de conducta contribuyó a la generación del daño.

Sin embargo, en la demanda el autor considera que el hecho dañoso se generó por el acto del anestesiólogo (lo cual ya genera un grave problema

[1] Definido como un grupo de trastornos del desarrollo del movimiento y la postura, causantes de limitación de la actividad, que son atribuidos a una agresión no progresiva sobre un cerebro en desarrollo, en la época fetal o primeros años. Tomado de https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/36-pci.pdf . Asociación Española de Pediatría.

técnico procesal de porque demandar al resto del equipo médico), por tanto, le correspondía la demostración de la ocurrencia de aquella excesiva cantidad de anestesia y de qué manera contribuyó el resto del equipo médico en la causación del resultado definitivo. Por ello, corresponde a la Sala adentrarse en el conjunto probatorio a efecto de determinar si el actor fue diligente en su actividad probatoria en tal sentido.

Tal conexión necesaria entre el acto médico complejo y la consecuencia dañosa o en términos técnicos el referido nexo causal no se probó en el presente proceso, ya que esta instancia no cuenta con los medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles que permitan inferir que el fatal acontecer tuvo su génesis en la conducta endilgada a Katty López, Erick Gustavo García Cabeza y Luis Eduardo Torres Varona, en su condición de pediatra, anestesiólogo y ortopedista, partícipes en el procedimiento quirúrgico practicado al niño XXXXXXX. No se pierda de vista que de la demanda genitora no es posible establecer el grado de participación e injerencia de los mencionado médicos o el grado de contribución particular o grupal de los mismos, porque recuérdese que en la demanda solo se hace alusión al acto médico de anestesiología sin que haya sido efectivamente acreditado.

Contrariamente a lo que se expresa por la parte demandante el acervo probatorio muestra que el procedimiento médico efectuado estuvo acorde con el diagnóstico del paciente y la atención requerida durante la intervención quirúrgica e inclusive el evento de bradicardia fue seguido atendiendo a los protocolos de rigor con las correspondientes maniobras de reanimación cardiopulmonar en sala. Mírese que el paciente no presentó síntoma o elementos que permitieran considerar el aparecimiento de este evento en la cirugía, ya que los exámenes o valoraciones pre-quirúrgicas mostraban normalidad.

Mucho menos puede predicarse que la dosis de anestesia aplicada haya sido el incorrecto, por cuanto la utilizada en el menor de edad estuvo conforme con sus condiciones, esto es, ASA I referido a paciente saludable no sometido a cirugía electiva según el sistema de clasificación que utiliza la American Society of Anesthesiologists (ASA) para estimar el riesgo que plantea la anestesia para los distintos estados del paciente y tipo de anestesia: general inhalatoria, como se advierte de la descripción quirúrgica.

Por el contrario, se advierte la presencia de un evento de hipoglicemia en el menor de 20 miligramos por decilitros, del cual no puede extraerse a ciencia

cierta que tuvo su origen en el ayuno al que fue sometido el paciente, y que tal circunstancia derivó efectivamente en el fatal resultado.

(…)

Ahora bien, un análisis en conjunto tanto del material probatorio recaudado en el proceso ético – administrativo sustanciado ante el Tribunal Ético, como el recepcionado en este proceso civil no logra aclararse de manera determinada la existencia del vínculo causal entre la conducta individualmente considerada asumida por cada uno de los intervinientes en el acto médico y ocupantes del extremo pasivo y mucho menos desde el punto de vista grupal. Y ello es así, porque la causa de la sanción disciplinaria administrativa a los demandados (anestesiólogo y ortopedista) hace referencia a no cumplir con la carga de llenar adecuadamente la historia clínica y no propiamente un reproche al acto médico realizado, el cual, en extremo podría configurar un mero hecho indiciario en su contra, pero que por no existir otros elementos de juicio en el mismo sentido no configura la exigencia de concurrencia, pluralidad, concordancia y convergencia que exige el artículo 242 del Código General del Proceso para poderse valorar como tal y suficiente para encontrar probado el vínculo causal respecto de estos dos demandados."

DECISIÓN: CONFIRMA la sentencia de primera instancia. Sin costas para los demandantes por ser amparados por pobreza.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Radicación: 08-001-31-05-014-2017-00394-01/63230-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de Sentencia y Consulta
TEMAS: PENSION ESPECIAL DE VEJEZ- Madre cabeza de familia de hijo inválido/ **REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PRESTACIÓN-** Debe estar acreditada a través de cualquier medio de prueba su condición de mujer cabeza de familia, al igual que el estado de invalidez del hijo, que permita ser beneficiario de la pensión especial
DEMANDANTE: Gladis Del Socorro Agudelo Ossa
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Aspecto fáctico:

En el presente caso, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por ser madre trabajadora y cabeza de familia de un hijo inválido desde el nacimiento en razón a la enfermedad congénita de autismo.

Extractos:

" (…)la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes presupuestos: **(i)** que la madre o padre de familia haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez[2]; **(ii)** que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y **(iii)** que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema.

A su turno, para mantener este beneficio pensional: *(i)* el hijo del cotizante debe conservar su estado de discapacidad; *(ii)* la relación de dependencia económica del hijo discapacitado con la madre o padre debe persistir; y *(iii)* el padre pensionado ha de permanecer por fuera del mercado de trabajo.

Respecto al primero requisito, esto es, que la madre o padre de familia, haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, ha de advertirse que en principio de dicha norma se infiere válidamente que hace referencia a las semanas de cotización exigidas en el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1.993, modificado por la Ley 797 de 2003, por ser la norma que expresamente consagró dicha pensión especial.

Es así como el artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la **Ley 797 de 2003**, indica que "*para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (…) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*". Por lo tanto, para la fecha en que la actora dejó de cotizar al sistema < **2017**>, debía acreditar un mínimo de 1.300 semanas.

---

[2] Aplica también para el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, de conformidad con lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **del 14 de enero de 2012, Rad. 39819** M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego,y la Corte Constitucional en las sentencias **T-651 de 2009**, reiterada en la **T-176 de 2010**

Revisadas las pruebas que obran en el expediente, encuentra la Sala que la entidad demandada en la Resolución SUB 104601 del 22 de junio de 2017[3] deja expresamente consignado que la afiliada Gladis Del Socoro Agudelo Ossa acredita un total de **1.548 semanas**, lo que aparece ilustrado en un cuadro inserto en el que se refleja el nombre de las entidades para las cuales laboró, así como los extremos y días en los cuales cotizó, lo que conlleva a concluir que la actora **sí** acredita el mínimo de semanas exigidas por la Ley para una pensión de vejez.

Respecto al segundo y tercer requisito, encuentra la Sala que en el presente caso no es objeto de discusión la calidad de hijo del joven Jorge Andrés Suarez Agudelo, tal como se acredita con el registro civil de nacimiento[4], su condición de inválido al haber sido calificado su pérdida de capacidad laboral en un 68.55%[5] con diagnóstico de "*Autismo en la niñez. Se estructura PCL al nacimiento*" de conformidad con el dictamen emitido por Medicina Laboral de Colpensiones.

Respecto a la dependencia económica, ha de señalarse que por Ley, los hijos menores de 18 años y los inválidos dependen económicamente de sus padres, y como en este caso no se puede soslayar que la invalidez del hijo de la actora tiene origen en una enfermedad congénita al haberse estructurado desde su nacimiento <autismo>, tal condición de dependencia continúa, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, respecto de sus padres, puesto que conjuntamente, les asiste una responsabilidad alimentaria.
(…)

La referida dependencia económica del hijo inválido respecto de su madre no fue puesta en entredicho por la demandada en la vía administrativa, toda vez que la negativa en reconocer la pensión solicitada, conforme se extracta de las Resoluciones SUB 64503 del 13 de mayo de 2017[6] y SUB 104601 del 22 de junio de 2017, obedeció fue a que la actora no logró acreditar la condición de madre cabeza de familia, para la fecha en que presentó la solicitud.

(…)

En el presente caso, si bien solo obra en el expediente declaración extra juicio suscrita por la demandante ante el Notario Tercero del Circulo de Barranquilla, en la que expresa el diagnostico de su hijo y declara que por su condición depende económicamente de ella, sin mencionar que solo está a su cuidado,

---

[3] Ver folios 41 a 45 y reversos
[4] Ver folio 18, con fecha de nacimiento 30 de noviembre de 1995
[5] Folio 19 – comunicación dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral – con fecha de estructuración 30 de noviembre de 1995
[6] Ver folios 26 a 29

con tal exigencia le está haciendo más gravosa la condición de la demandante y de su hijo quien es un sujeto de especial protección, no se puede soslayar que cualquier duda queda disipada en el interrogatorio de parte que absolvió ante esta Sala, donde fue enfática en reiterar que su hijo se encuentra a su cuidado y depende el 100% de su persona como madre, indicando todas las circunstancias que padece el niño propias de su enfermedad de autismo, y que ofrecen plena credibilidad para esta Sala.

(…)

Teniendo en cuenta lo anterior se encuentra entonces que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, pues cumple con los presupuestos normativos previstos en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1.993, en armonía con el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión ordinaria de vejez señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1.990, de conformidad con la interpretación dada por la Corte Constitucional a dicha prestación social.

Consecuentemente, la actora cumple con los requisitos para hacerse acreedora a la pensión especial de vejez, toda vez que tiene **1.548** semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, las cuales exceden de las mínimas legales exigidas para la obtención de la pensión común de vejez dentro del Régimen de Prima Media; es **madre trabajadora** o cabeza de familia de un **joven debidamente calificado como inválido** por la autoridad competente a partir del 30 noviembre de 1995, el cual depende económicamente de ella, y no se encuentra laborando en la actualidad.

Por consiguiente, al encontrarse plenamente demostrado que la señora Gladis del Socorro Agudelo Ossa cumple con los presupuestos para la obtención de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, concluye la Sala que sí le asistió razón al A-quo para conceder la prestación reclamada, y reconocer en cabeza de la demandante la pluricitada pensión especial de vejez desde el día siguiente de su última cotización[7], por ser la fecha a partir de la cual se entiende se retiró del sistema, esto es, desde el **1° de Abril de 2017**.

DECISIÓN: CONFIRMA parcialmente. **MODIFICA** la sentencia en el sentido de ordenar y reconocer el pago de la prestación económica deprecada junto con el retroactivo pensinal, más las mesadas que se sigan causando hasta cuando se haga efectiva la obligación.

[7] Distinto acontece cuando el afiliado dejó de cotizar al sistema antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, como sucedió en proceso radicado bajo el No. 31961 en el que la actora cotizó hasta el 17 de junio de 2.002, y por ende su derecho se reconoció desde la entrada en vigencia de la norma.

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ
Radicación: 08-001-31-05-008-2014-00463-01/ Número interno: 58912

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia y Consulta
TEMAS: COSA JUZGADA- Para que opere este fenómeno jurídico deben concurrir de manera simultanea los tres presupuestos: identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa jurídica/ **HECHO NUEVO:** Desvirtúa la excepción de cosa juzgada cuando se modifica lo pretendido/ **ACUMULACIÓN DE TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS:** Es posible conforme la aplicación del régimen de transición pensional a que tiene derecho la actora
FECHA: Noviembre 13 de 2018
DEMANDANTE: Silvia Elena Eljach Montoya
DEMANDADO: Colpensiones y Bancolombia S.A.

Síntesis del caso:

Pretende en esta instancia la actora, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones desde la fecha en que cumplió 55 años de edad, con las mesadas adicionales, y en cuantía igual al 90% del salario base de liquidación, los intereses moratorios, la indexación y costas. Igualmente, el pago del cálculo actuarial por el tiempo dejado de cotizar por Bancolombia y también las costas del proceso. En forma subsidiaria, el pago de la pensión de vejez con cargo a esta última empresa.

Extractos:

"Es un supuesto fáctico no discutido que el demandante instauró una primera demanda en contra del extinto ISS, hoy Colpensiones y Bancolombia, a través del cual solicitó a la primera (ISS) demandada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez regulada por el Decreto 758 de 1990, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación, e igualmente el bono pensional o cálculo actuarial por el período laborado y no cotizado a cargo de Bancolombia (fls. 300-303), correspondiéndole al Juzgado Catorce Laboral de Circuito de Barranquilla, el cual a través de sentencia del 10 de diciembre de 2009, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas; decisión ésta que fuese confirmada por este Tribunal el 14 de diciembre de 2010, bajo la argumentación que no acreditaba los presupuestos establecidos en el art. 12 del acuerdo 049 de 1990, ni de la ley 100 de 1993, y además que para el año de 1971, fecha cuando inició a laborar a Bancolombia, no había cobertura del ISS en el lugar de prestación del servicio de la actora –Magangué (Bolívar)-, por lo cual no existía la obligación de afiliación a cargo de Bancolombia y por ende, resultaba infructuosa la

pretensión de bono pensional o cálculo actuarial respecto de tales períodos (fls. 313-317).

En el presente proceso, el mismo sujeto activo llamó a juicio a las mismas entidades, para que se les condene a idénticas pretensiones a las planteadas en el proceso anterior, solicitando, además, la acumulación de tiempos públicos y privados.

Por lo anterior, se impone como cuestión de primer orden, analizar el fenómeno de la cosa juzgada, pero solo respecto de Colpensiones como quedó precisado al comienzo de estas consideraciones.
(…)

En lo que hace a la identidad de causa, se exige que esas pretensiones tengan su fundamento en un mismo fenómeno causal o una misma fuente normativa o fáctica. Sin embargo, la doctrina distingue un requisito adicional que puede considerarse implícito en los dos último requisitos tradicionales: que en la primera sentencia se haya procedido al análisis del fondo de las pretensiones propuestas. En este proceso, este último requisito no concurre. En efecto, si bien en el primer proceso se pretendió el pago de la pensión de vejez con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por decreto 758 del mismo año, el fundamento fáctico de esta pretensión lo constituyó exclusivamente los tiempos cotizados a ese instituto como dependiente del sector privado, en el cual se pretendió incluso sumar los tiempos no cotizados por Bancolombia, lo que fue desestimado por el juez y el tribunal.

En cambio, en este proceso se incluye como hecho nuevo el tiempo de servicio laborado por la demandante al sector público, el que se solicita adicionar a los períodos cotizados al Seguro Social para el otorgamiento de la pensión con la misma fuente normativa a la que tiene derecho por vía de la transición pensional. En consecuencia, en ese primer proceso, no se hizo ninguna valoración sobre este aspecto fáctico, pues únicamente se limitó a establecer el número de semanas efectivamente cotizadas de acuerdo al reporte de la época, y eventualmente, el Ad quem tuvo en cuenta los períodos laborados y no cotizados por Bancolombia, pero no los tiempos en el sector público.
(…)

Por lo anterior, la Sala estudiará la procedencia de la pensión de vejez solicitada, lo cual comporta el análisis y estudio del régimen jurídico bajo el cual debe definirse el derecho reclamado por la demandante.

En el presente proceso, no se discute que la demandante para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años, pues nació el 23 de diciembre de 1952 (Res GNR 194455 del 30 de mayo de 2014, (Fls. 9-11). Sin embargo, conviene tener en

cuenta que el régimen de transición que consagró el artículo 36 de la ley 100 de 1993 mantuvo su vigencia, sin requisito adicional a los establecidos en el citado canon legal, hasta el 31 de julio de 2010, pues a partir de ésta fecha, por disposición del Acto Legislativo N° 01 de 2005, solo se preservó para quienes siendo beneficiario del mismo tuvieren 750 semanas cotizadas o el equivalente en tiempo de servicios a su entrada en vigor, es decir, para el 25 de julio de 2005. En este orden de ideas, se itera, la demandante gozó de los beneficios del citado régimen sin requisito adicional hasta el 31 de julio de 2010, pero en vista que le vienen reconocidas cotizaciones hasta el 29 de febrero de 2012, y antes del 31 de julio de 2010 no reunía los requisitos de densidad se semanas exigida para la pensión de vejez, aun cuando si cumplía la edad, le resultaba imperioso acreditar el equivalente a 750 semanas al 25 de julio de 2005, a fin de mantener viable el régimen de transición hasta el año 2014. Luego, como quiera que acumuló con anterioridad al 25 de julio de 2005, un total de 991.28 semanas, es evidente que conservó la transición pensional hasta el cierre del año 2014. En consecuencia, surge palmario que el régimen de referencia al cual puede acceder por vía de la transición pensional lo constituye tanto el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, como la ley 71 de 1988. En consecuencia, para establecer los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de pensión, ha de estarse a lo que sobre el particular disponen las mentadas disposiciones.

Pues bien, el régimen de transición creado por la ley 100 de 1993 no determinó que todos los requisitos para la estructuración del derecho a la pensión se definan bajo la normatividad anterior, como que expresamente los aspectos de ésta que resultan aplicable, están circunscritos al tiempo de servicio o semanas cotizadas, edad y monto de la pensión o tasa de reemplazo, pues en los términos del inciso segundo del artículo 36 "**las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley**.". Es decir, en últimas es como si el artículo 36 hubiere reproducido las condiciones del derecho referido a los aspectos puntuales de la transición, según lo consagraban las disposiciones anteriores que resultaren aplicables, defiriendo los demás aspectos a la nueva ley. Se trata sin duda, de una mixtura que permite combinar requisitos de normas anteriores con requisitos de la nueva ley, tal como sucede, por ejemplo, con el ingreso base de liquidación, que tal como ha sido ya definido por la Sala Laboral, no es asunto sometido al régimen de transición pensional. En este orden de ideas, el régimen anterior aplicable a la demandante, en la medida en que registra tiempos cotizados al Instituto antes y después de la vigencia de la ley 100 de 1993 y tiempos públicos, es el de la ley 71 de 1988 o bien el del decreto 049 de 1990 ya citado. No obstante lo anterior, la parte actora solicitó la prestación con arreglo a la segunda de las normas anotadas, y fue con apego a está que la concedió el Aquo. De tal forma, se concluye que para los requisitos del derecho a pensión, conforme al señalado régimen de transición-

art- 12 acuerdo 049 de 1990-, la actora tiene la opción de pensionarse con 55 años de edad, y 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. Y en cuanto al monto de la pensión, conforme al régimen del decreto 758 de 1990 a un porcentaje gradual y progresivo de acuerdo al número de semanas, entre el 45% y el 90% del ingreso base.

En concordancia con lo dicho, para efecto de establecer cuáles semanas deben computarse para determinar el derecho a la pensión, resulta de forzosa aplicación lo prevenido en el artículo 13, literal f de la ley 100, a cuyo tenor literal señala que "**para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio**.". La Sala resalta la expresión "**para el reconocimiento de las pensiones contempladas en los dos regímenes**", para significar que no se excluyen de éstas las que se reconocen por virtud del régimen de transición(…). De modo, pues, que sin hesitación para el efecto del cómputo de las semanas al que alude la norma que por transición resulte aplicable, deben tenerse en cuenta tanto las cotizadas al ISS como las cotizadas a otras cajas o al sector público, pero que corresponden a tiempo de servicios a entidades de naturaleza pública como, en este asunto lo es, la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO (fl. 19). Por lo demás, esta posición fue asumida por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas a través de la sentencia SU-769 de 2014, reiterada en sentencia T-408 de 2016, entre otras.

Así las cosas, tal como se ha reseñado, se conoce que la actora cumplió la edad de pensión el 23 de diciembre de 2007. En cuanto a la densidad de semanas, de acuerdo al historial de semanas a folio 20 y 21 del expediente, contaba en Colpensiones con un total de 946,86 semanas, desde 30 de octubre de 1972 hasta 29 de febrero de 2012; y con 80,57 semanas de tiempo público a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, entre el 15 de junio de 1983 y el 9 de enero de 1985 (según Formato CLEBP a folio 19).
(…)

Por consiguiente, al completar entre los aportes efectuados a Colpensiones y el tiempo acumulado en el servicio público suman en total de **1.027 semanas en toda su vida laboral**, por lo que resulta forzoso concluir que reúne los requisitos consagrados en el art. 12 del plurimencionado acuerdo 049.

En cuanto a la fecha de causación y disfrute del derecho, ya se dijo que cumplió la edad de 55 años el 23 de diciembre de 2007, pero habiendo

efectuado su última cotización al sistema en el mes de febrero de 2012, la fecha de efectividad del derecho sería a partir del día siguiente a la de su última cotización, esto es, el 01 de marzo de 2012, tal como lo consideró el Aquo."

DECISIÓN: REVOCA parcialmente la sentencia apelada y consultada en el sentido de absolver a Colpensiones de los intereses moratorios y en su lugar ordena reconocer indexación. Confirma en lo demás.

M.S: Dra. ARIEL MORA ORTIZ
Radicación: 08001-31-05-006-2013-00383-01/ Número interno: 62.200

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia y consulta
TEMAS: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL- Es posible computar las semanas anteriormente referidas a efectos de estudiar el cumplimiento de la densidad de semanas exigida por la normatividad aplicable/**TIEMPOS COTIZADOS-** Deben incluirse aquellos que omisión del empleador no fueron abonados
FECHA: Noviembre 13 de 2018
DEMANDANTE: Maria Del Carmen Garcerant Barreto
DEMANDADO: Distrito Especial, Industrial y Portuario De Barranquilla, y La Nación-Ministerio De Salud Y Protección Social

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la actora pretende el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, en consideración a lo consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del beneficio otorgado por la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Extractos:

"En este proceso no se discute que la demandante nació el 22 de febrero de 1957 (fl. 15 y 16) y que cumplió 55 años de edad en el mismo día y mes de 2012, por lo tanto se deduce que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, razón por la cual, en principio, es beneficiaria del régimen de transición pensional.
(…)
Viene acreditado en el expediente que la demandante laboró para el HOSPITAL INFANTIL SAN FRANCISCO DE PAULA, desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 30 de junio de 2008, un total de 27 años, 4 meses y 14 días (fls. 31-34); no obstante, su afiliación al Instituto de Seguros Sociales inició sólo desde el 21 de octubre de 1985, presentando cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2009, en un total de 875,51 semanas (según reporte de semanas a folio 110 al 112). Así

las cosas, teniendo en cuenta todo el tiempo de servicio y las semanas efectivamente cotizadas, fácil se colige que para el 25 de julio de 2005 tenía en su haber más de las 750 semanas exigidas, evidenciándose entonces que conservó la transición pensional hasta el cierre del año 2014, y en tal virtud le resultan aplicables las disposiciones del art. 12 del acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, la mencionada disposición, establece una edad de 55 años para las mujeres y 60 para los hombres, y un número de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1.000 en cualquier tiempo.

En el sub lite, no hay duda de la acreditación de la edad.

Ahora bien, en cuanto al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, conforme consta en la Res No. 044 del 27 de junio de 2008, expedida por el HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA (por la cual se reconoció una pensión de jubilación a la actora), ésta laboró como AYUDANTE DE ENFERMERÍA desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 30 de junio de 2008, un total de **27 años, 4 meses y 14 días** (fls. 31-34). Y de acuerdo al historial de semanas aportado, cotizó a Colpensiones desde el 21 de octubre de 1985, hasta el 31 de diciembre de 2009, un total de 875,51 semanas, bajo el empleador HOSPITAL INFANTIL SAN FRANCISCO DE PAULA (fls. 110 al 112).

Quiere decir lo anterior que, pese a que la actora laboró como AYUDANTE DE ENFERMERÍA desde el 16 de febrero de 1981, las cotizaciones en Colpensiones sólo iniciaron el 21 de octubre de 1985. Según lo dispuesto por el artículo 33, literal d) de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, para la pensión de vejez han de tenerse en cuenta los tiempos laborados con empleadores que por omisión u otra causa no cumplieron con el deber de afiliación a la seguridad social de sus trabajadores, exigiendo para ello el traslado de las cotizaciones correspondientes a través del cálculo actuarial y representado en un bono pensional.
(…)
De tal suerte, es posible computar las semanas anteriormente referidas a efectos de estudiar el cumplimiento de la densidad de semanas exigida por la normatividad aplicable. Entonces, el tiempo durante el cual no hubo afiliación, esto es, del 16 de febrero de 1981 al 20 de octubre de 1985, equivale a **206,28 semanas**, que sumadas a las **875,51** ya referidas, completa un número de **1081,79 semanas**, las cuales resultaban suficientes para que la actora se pensionara bajo el art. 12 del acuerdo 049 de 1990. Adicionalmente, cumple el requisito de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores a la edad mínima, esto es, entre el 22 de febrero de 1992 y el 31 de diciembre de 2009, pues cuenta dentro de este interregno con 794.37 semanas.

En cuanto a la fecha de causación y disfrute de la prestación, es claro que lo es a partir del cumplimiento de los 55 años de edad, es decir, el 22 de febrero de 2012, cuando además tenía en su haber más de 1.000 semanas en cualquier época para adquirir el derecho pensional.

En lo que concierne al monto de la pensión, corresponde a un porcentaje gradual y progresivo de acuerdo al número de semanas, entre el 45 y el 90% del ingreso base. De acuerdo con el número de semanas cotizadas por el actor, le corresponde el 78% del ingreso base de liquidación, que corresponde, en este caso, en los términos del artículo 21 de la ley en mención, al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, toda vez que para la fecha de vigencia del régimen pensional le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a pensión.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se obtuvo una mesada pensional de **$922.965,42,** que corresponde al 78% del ingreso base que fue por valor de $1.183.289,oo, efectiva a partir del 22 de febrero de 2012. En este aspecto debe modificarse la sentencia, por cuanto se condenó a un monto muy superior al aquí calculado, pues el a-quo no liquidó la pensión de vejez en la forma como correspondía hacerlo, limitándose a la actualización de la pensión convencional que venía percibiendo de la entidad, siendo lo anterior improcedente, pues Colpensiones no subrogó a la entidad en el pago de la pensión convencional, y por lo tanto, el Juez esta obligado en liquidar la pensión con base en los salarios sobre los cuales se hicieron las cotizaciones.

(…)
Finalmente, con relación a los intereses de mora del art. 141 de la ley 100 de 1993, es preciso señalar que la causación de los mismos opera no sólo frente al pago tardío del derecho pensional reconocido, sino también cuando esta situación tiene origen en la inobservancia de obligaciones legales relacionadas con el reconocimiento del derecho, en tanto lo primero tiene como causa inmediata lo segundo. Para la Sala es concluyente que la violación de los límites temporales en el reconocimiento del derecho traduce una situación de mora en la resolución que, consecuentemente, termina ocasionando mora en el pago y ello hace que se impongan frente a la violación de cualquiera de los dos preceptos anotados, pues la finalidad del legislador al fijar un límite temporal tanto para el reconocimiento como para el pago de la pensión, responden al mismo principio constitucional que en todo caso impone al Estado la obligación de garantizar la satisfacción oportuna en el pago de ésta como trasunto de la garantía del derecho a la seguridad social y la subsistencia digna. De modo, pues, que una vez excedido ese límite temporal, los intereses

corren sin consideraciones adicionales ni circunstancias subjetivas de cualquier género, como la buena o mala fe."

DECISIÓN: MODIFICA sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones a pagar la pensión de vejez por monto distinto, mesada adicional y reajustes.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Radicación: 2018-00170-P-MC.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: PREACUERDOS- Facultad de la Fiscalia/ Manifestación del concepto de justicia premial **/DOSIFICACIÓN DE LA PENA-** La realizada por el juez estuvo conforme por el preacuerdo realizado entre el ente acusador y el procesado, debiendo estarse a lo reglado en la ley para el computo de la pena
FECHA: Noviembre 1 de 2018 **Audiencia de lectura de fallo:** Diciembre 3 de 2018
PROCESADO: Rodrigo Anaya Caicedo
DELITO: Homicidio Agravado

Aspecto fáctico:

En el presente caso, el representante de las víctimas, recurrió la sentencia, al estar inconforme con la pena impuesta, por ello, esta Corporación da respuesta a la inconformidad del apelante, abordando los tópicos del interés para recurrir del representante de víctimas la sentencia condenatoria, la finalidad del preacuerdo; y la dosificación de la pena.

Extractos:

"(i) Del interés para recurrir

(…) estima la Sala el representante de víctimas tiene interés en recurrir la sentencia condenatoria citada, toda vez que su inconformidad, gira en torno a la pena impuesta, pues solicita que se modifique la sentencia y se imponga una sanción mayor, adecuada y proporcional para el responsable de la conducta punible.

(ii) Del preacuerdo y la pena impuesta al procesado

- Frente a los reparos en relación a la celebración del preacuerdo

(…)
En este contexto, una vez revisado el expediente y los videos que contienen las diligencias, esta Colegiatura observa que los términos en que fue suscrito el preacuerdo entre la Fiscalía, el imputado, acompañado por su defensor, consistió en que éste aceptaría el cargo que le imputó la Fiscalía, a cambio de la eliminación del agravante que le había sido imputado quedando pues, la dosificación de la pena, en manos del Juez quien debía señalar la sanción de homicidio simple.

Finalmente, el despacho de primera instancia impartió su aprobación dándole traslado a las partes para que manifestaran sus observaciones, seguidamente ninguna manifestó objeción alguna, en ese sentido, es notorio que el Juzgado en todo momento respetó y garantizó los derechos de los sujetos procesales inmersos en esta actuación penal.

Ciertamente, el recurrente acepta que no se opuso a la aprobación del preacuerdo y tampoco apeló tal decisión, pese a que en su sentir, no hay voluntad de parte del procesado de reparar a las víctimas, sin embargo, alude que el Juzgador varió el núcleo fáctico de la imputación, no tuvo en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad y tasó la pena sin tener en cuenta el agravante específico del numeral 7º del artículo 104 del Código Penal.

La Sala resalta que una de las modalidades de preacuerdos, es la eliminación del agravante, como único beneficio, tal como aconteció en este evento, y en esas circunstancias, al aprobarse esta negociación, únicamente le corresponde al Juzgador dosificar la pena conforme al tipo penal sin el agravante específico, lo que no se traduce en variación del núcleo fáctico, sino que consiste en imponer una pena menor pero por los mismos hechos.

Así las cosas, considera esta Colegiatura que el Juez no cometió yerro alguno al imponer la pena establecida para el homicidio simple en el caso de marras, pues atendió la aprobación del preacuerdo celebrado, es decir, atendió el principio de congruencia.

Por otra parte conforme a lo descrito en el Artículo 349 de la ley 906 de 2004, los acuerdos o negociaciones con el imputado serán improcedentes cuando de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, por ello no se podrá celebrar el acuerdo hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido.

En este contexto, el legislador dispuso que los delitos de índole patrimonial, deberán ser reparados antes de efectuar cualquier tipo de acuerdos o negociaciones, a diferencia de los demás delitos, los cuales deberán ser

tramitados una vez exista sentencia condenatoria, bajo la figura del incidente de reparación integral.

Así las cosas, tampoco se observa causal de nulidad que invalide lo actuado en la aprobación de tal negociación porque no se trata de conductas punibles donde haya incremento patrimonial, aunado a que la víctima estuvo presente en la diligencia y no mostró inconformidad alguna, por lo que el tema de perjuicios deberá invocarlo en el correspondiente incidente de reparación integral conforme a lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley 906 de 2004.

Téngase en cuenta que la Fiscalía luego de recolectar los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente obtenida, pudo individualizar al señor Anaya Caicedo como el autor del delito punible de homicidio agravado, por ello imputó y acusó conforme a los mismos hechos facticos que se encuentran consagrados en el escrito de acusación y lo verbalizado en la misma audiencia.

Conforme a lo descrito, el preacuerdo celebrado consistió únicamente en eliminar el agravante del delito y no en cambiar el núcleo fáctico, ya que los hechos son los mismos que dieron inicio a este proceso penal y por los cuales el Juez de primera instancia se basó para proferir sentencia condenatoria.

- Respuesta a las premisas del recurrente en relación a la dosificación de la pena.

De igual forma, el apelante aduce que el Juzgador de Primera instancia: (i) obvió la circunstancia de agravación descrita en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, pese a que hay un respaldo probatorio; (ii) el funcionario no motivó la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena; (iii) el preacuerdo se realizó con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación y la norma procesal establece unas rebajas específicas en los artículos 352 y 356 *ibídem*; (iv) no tuvo en cuenta circunstancias de mayor punibilidad contenidas en el artículo 58 del Código Penal.

Es menester tener claro que el fruto de la negociación efectuada entre la Fiscalía fue la eliminación del agravante contemplado en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, quedando el punible de homicidio, por ello debido a que hay un respaldo probatorio, existe un preacuerdo el procesado renunció al juicio oral, aceptó su responsabilidad a cambio que la Fiscalía eliminara el agravante específico que acusó.

Tal como la Sala señaló párrafos arriba, dicha eliminación no se hace del núcleo fáctico, pues la conducta que el endilgado Rodrigo Anaya Caicedo, ciertamente fue homicidio agravado, empero, bajo la aceptación de cargos en un instituto de justicia premial (preacuerdos), la punibilidad se dosifica

conforme al homicidio simple, siguiendo los términos del único beneficio que recibió como contraprestación.

Frente al tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que "*tanto el Fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia-los términos de la imputación-, y cuál es el precio de lo que se negocia-el decremento punitivo*"[8].

Tampoco entiende esta Corporación, porqué el abogado de víctimas señaló que el Juez aplicó una rebaja indebida, pues como se ha resaltado insistentemente, en este caso, la negociación no fue por preacuerdo simple (rebaja del 351 del C.P.P), sino eliminación de agravante específico.

Pues se repite el preacuerdo es un acto consensuado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, puede recaer sobre la eliminación de la acusación, alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350 incisos 1° y 2° de la Ley 906 de 2004 y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351 inciso 2 del CPP). [9]

En consecuencia, el Juez una vez aprobó el preacuerdo debía emitir sentencia dosificando conforme a la pena señalada en el artículo 103 del Código Penal.

Asimismo, el recurrente aduce que el Juez al ubicarse en los cuartos de movilidad no tuvo en cuenta circunstancias de mayor punibilidad, sin embargo, una vez escuchada la audiencia de formulación de imputación y revisado el escrito de acusación, se tiene que la conducta endilgada fue la descrita en los artículos 103 y el numeral 7° 104 del Código Penal, sin señalar circunstancias de mayor punibilidad, en consecuencia, el Juez debía moverse dentro del primer cuarto de movilidad, conforme a lo descrito por el artículo 61 ejusdem, pues se señala que "*el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes",* tal como lo hizo.

Así las cosas, la Sala se aparta de la propuesta del recurrente quien solicita se fije la pena en los cuartos medios.

Por otro lado el recurrente se mostró inconforme con el monto de la pena y señaló que el Juez no motivó su ubicación en la pena mínima del primer cuarto de movilidad.

---

[8] SARAY BOTERO, Nelson, Dosificación Judicial de la Pena, Editorial Leyer.
[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 31.063 de 2008.

Al respecto debe precisarse que tanto la jurisprudencia como la doctrina han indicado que el Juzgador no está obligado a imponer el mínimo de pena cuando concurren sólo circunstancias de menor punibilidad, pues bien puede, en un determinado evento, apartarse del límite mínimo y fijar una pena superior en aplicación de los criterios ya transcritos, ello implica que puede apartarte del mínimo de la pena, sin embargo, en todos los eventos es necesario motivar conforme al artículo 61 del Código Penal, a efectos que se permita conocer los argumentos del Juez para la imposición de la respectiva pena.

Es menester recordar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha precisado que "*ni siquiera ante la ocurrencia exclusiva de circunstancias de atenuación el fallador está compelido a imponer el mínimo de la pena, dado que las fundamentos para la individualización de la sanción contenidos en el artículo 61 lo habilita para apartarse de tal limite cuando alguno o algunos de los criterios previstos en el citado preceptos hagan presencia*"[10].

En todos los casos **se debe indicar por el Juez de instancia la razón del incremento de pena o el exceso sobre el mínimo del cuarto de movilidad**, pues en esta materia no son válidos los argumentos implícitos o sobreentendidos.

Sin embargo, en el *sub judice* sucede lo contrario, el Juez impuso el mínimo de la pena señalando de forma genérica lo siguiente:

> "…Y en este caso la sanción se fijará dentro del cuarto mínimo, conforme lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, si se tiene en cuenta que en contra de Rodrigo Anaya Caicedo no argumentó la Fiscalía circunstancias de mayor punibilidad (artículo 58 Código Penal) en la imputación, ni al descorrer el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal-audiencia de individualización de la pena. Lo mismo sucedió con la víctima"[11].

Empero, aunque es el abogado de las víctimas quien recurrió, éste no sustentó en alguno de los tópicos del artículo 61 del Código Penal el aumento de pena invocado, sumado a que tampoco dentro del traslado del artículo 447 citado, expuso sus argumentos para que el Juez impusiera determinada sanción."

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
Radicación: 08 001 60 01 067 2008 01728 02 / Número Interno: 2018-00169-P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA- En los delitos de fraude procesal y en la estafa tentada/ **DELITOS DE MERA CONDUCTA O PELIGRO CONCRETO-** Así se

[10] Ibídem.
[11] Folio 78 C.O. del Juzgado.

considera el fraude no siendo un elemento del tipo el obtener un provecho indebido para sí
PROCESADO: Hernan Pulgar Severiche
FECHA: Octubre 22 de 2018- **LECTURA DEL FALLO**: Noviembre 16 de 2018

Síntesis del caso:

En el asunto que ocupa la atención de esta Sala, se trata de la inconformidad que presenta la defensa técnica del procesado en relación con dos de los delitos del concurso que se le endilga - *el fraude procesal y la estafa en grado de tentativa*- pues estima no se colman las exigencias legales para la sentencia condenatoria que fue dictada en su contra.

Extractos:

"Habiendo realizado las anteriores precisiones, abordará la Sala en primer lugar el estudio del tipo penal de *fraude procesal* acudiendo principalmente a su descripción normativa en el artículo 453 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004 que reza:

> *"Artículo 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años."*

Como puede verse, este tipo penal está compuesto por los siguientes elementos: un medio fraudulento, la acción que comprende el verbo rector *inducir en error* y la finalidad – elemento subjetivo- de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Lo anterior comprendiendo que el sujeto activo es simple, es decir, que quien despliega la acción puede ser cualquier persona en el marco de un proceso judicial o administrativo.

El *medio fraudulento* como circunstancia de modo del tipo penal, lo constituye en nuestro caso el poder falso aportado por Hernán Manuel Pulgar Severiche, en el que se le confería como abogado las facultades para actuar dentro del proceso ejecutivo Nº 0588-2006, adelantado en el Juzgado Once Civil Municipal, a nombre y representación del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Atlántico.

La falsedad de este documento –que no es objeto de la discusión propuesta con el recurso de apelación- quedó acreditada según viene dicho en la sentencia de primera instancia por el testimonio del entonces Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales, Adolfo Villalobos Pineda y mediante

prueba pericial en la que se verificó que la impresión dactilar que obra al reverso del documento con sello de Notaría, no se identifica con ninguna de las impresiones dactilares que obran en los informes de consulta web para los cupos numéricos expedidos a nombre de ese ciudadano. [12]

Con todo, logró revelarse sin dificultades la idoneidad del artificio para lograr el cometido procesal que se proponía Hernán Pulgar Severiche, al provocar en el funcionario judicial el error en el convencimiento de que él ostentaba la calidad de apoderado judicial del Instituto de Seguro Social y que, en consecuencia, gozaba de las facultades necesarias para solicitar la entrega del remanente que obraba en el proceso ejecutivo. (…)

Ahora, la *inducción en error* se refiere a la acción de llevar a un convencimiento contrario a la realidad al funcionario judicial o administrativo que ante el engaño ve torpedeada su labor profiriendo un acto (resolución, sentencia, o acto administrativo) contrario a la ley. Este verbo rector es definido por Ferreira Delgado[13], como: "…*disponer de la voluntad de otra persona hacia un resultado determinado*…" y que la Corte, en la misma decisión arriba citada, precisa aún más en sentido de aclarar que tal acción no puede versar únicamente sobre aspectos relacionados con la interpretación de las normas, sino que indefectiblemente requiere que la instigación al yerro sea el resultado del uso del medio fraudulento como mecanismo idóneo.

Decantado lo anterior, observa ahora el Tribunal frente al elemento del tipo subjetivo consistente en la finalidad *de "obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley"* que con el despliegue del ardid en el proceso judicial a través de la presentación del poder espurio que indujo en error al funcionario judicial, se pretendía nada más y nada menos que obtener una orden de pago de dineros correspondientes a remanentes a favor del Instituto de Seguro Social que, de no ser de esa forma engañosa, no hubieran sido proferidos como se hizo por solicitud y con representación del procesado Pulgar Severiche, quien consiguió ser reconocido como apoderado judicial de la entidad consignando falsedades en documentos que fueron presentados y avalados en el Juzgado.

De cara a este punto y para responder al cuestionamiento de la defensa técnica que tiene que ver con que no se logra evidenciar el ingrediente de "*obtener un beneficio*", la Sala debe aclarar que no éste no es un elemento propio de la estructura de la conducta punible de fraude procesal que además, huelga precisar, es un tipo penal de *peligro concreto* y *mera conducta.*

---

[12] Récord: 3:13 CD audiencia de fecha 18 de octubre de 2017.
[13] Ferrerira D. José Francisco, Derecho Penal Especial, Tomo II, Editorial Temis, Pág. 554.

Esto quiere decir que por un lado el bien jurídico de la administración pública no necesariamente debe ser fracturado con la consecución de la pretensión por parte del agente, sino que basta con que éste despliegue su conducta engañosa ante la autoridad judicial o administrativa con la finalidad torticera de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley, para que se configure logrando mantenerse en el tiempo mientras que el funcionario se mantenga en el yerro.

Conforme a lo anterior, no asiste razón a la defensa para afirmar que su apadrinado judicial cometió el punible de fraude procesal porque pese a su actuar no lograría obtener provecho en el proceso ejecutivo; argumento falaz que se rebate sin dificultad al entender que, por un lado, obtener provecho no es un elemento estructural del tipo penal – ni siquiera está descrito por el legislador en el artículo que contempla el delito- y por otra parte, al ser un tipo penal de mera conducta basta con que Hernán Manuel Pulgar Severiche, realizara los actos tenientes a inducir en error al funcionario judicial mediante un medio fraudulento que en nuestro caso tenía tal idoneidad para procurar el error, que logró conseguir que se profirieran las órdenes de pago de los depósitos judiciales correspondientes al remanente. No sobra decir que el delito de fraude procesal no es de aquellos que atentan contra el patrimonio económico, pues el bien jurídico tutelado es el de la administración pública, por lo que cualquier apelación a la ausencia de beneficio económico proveniente de la acción del procesado, resulta inatendible por su incorrección frente a la comprensión de la naturaleza de la conducta punible.

Es por ello que para la Sala, la conducta punible de fraude procesal no sólo es típica sino también antijurídica formal y materialmente y culpable, como quiera que no se requiere como lo pretendía la defensa que para su configuración se demostrara la obtención de un beneficio pues, como arriba se vio, no es éste un elemento estructural del mismo y porque es un tipo penal de mera conducta o lo que es lo mismo, no exige la existencia en el mundo fenomenológico de un resultado.

De la tentativa de estafa:

Consagrada en el artículo 243 ejusdem, la estafa es descrita por el legislador penal como aquella conducta en la que el agente "*obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños*"; debiendo tenerse en cuenta que en nuestro caso, y según lo que se señala por el ente acusador, la misma no logró producirse por circunstancias ajenas a Hernán Manuel Pulgar Severiche, pese a la realización por parte de éste de los actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación – artículo 27 del Código Penal-.

Lo anterior es sostenido en los hechos según los cuales el procesado dispuso su conciencia y voluntad a desplegar conductas engañosas mediante la presentación de dos medios idóneos: poderes y memoriales falsos presentados ante el Juzgado Once Civil Municipal de esta urbe. Mismos que a su vez, le sirvieron para obtener la decisión mediante la cual se ordenó el pagó de varios títulos judiciales a nombre del Instituto de Seguros Sociales, que pretendía cobrar en la oficina correspondiente del Banco Agrario, a la que acudió con los formatos requeridos para esos efectos. Todo para lograr obtener el desembolso de esos dineros en su cuenta personal y, con ello, generar un detrimento patrimonial en las arcas del Estado.

Tal propósito sólo se impidió cuando en los procedimientos de verificación en la sucursal bancaria, se obtuvo mediante llamada telefónica la información por parte del Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales, de que nunca se había conferido poder para cobrar dicho dinero al abogado Hernán Pulgar Severiche.

No obstante haber acreditación de cada uno de esos actos, incluso, de la falsificación del poder mediante el cual demostró su calidad de apoderado de la entidad, la defensa técnica sostiene que ninguno de esos actos era de carácter *inequívoco e idóneo* para defraudar el bien jurídico tutelado, es decir, el patrimonio económico del Instituto de Seguros Sociales, pues en su sentir, los títulos fueron girados a favor de la entidad y no iban a poder ser cobrados por su apadrinado judicial, pese a que éste tenía la facultad de recibir.

(…)

Pese al argumento presentado por la impugnante en el que pretende darle un sentido contrario al que con claridad se enarbola de la propia literalidad de la ley, lo que se hace evidente en este proceso es que Hernán Manuel Pulgar Severiche, sí tenía la facultad expresa de *recibir* a la que se refería el legislador procesal civil como excepción válida a la prohibición de realizar actos de disposición del derecho en litigio, tanto así que en el poder era inequívoca la expresión: *"para que solicite, reclame y **reciba** ante su despacho los dineros sobrantes del proceso de la referencia"*[14].

Y es que, precisamente, en virtud de ello fue que Hernán Pulgar Severiche, retiró del juzgado y de la oficina judicial los formatos de pago de depósitos judiciales por valor de dos mil treinta y tres millones trescientos cinco mil setenta y ocho pesos con seis centavos ($2.033.305.078,06) y se dirigió a la sucursal de Banco Agrario de Barranquilla, con el poder dirigido a esa entidad financiera para cobrarlos presentándolo junto a su documento de identidad.

[14] Folio 314, C.O.

Una comprensión de las facultades consignadas en los poderes con los que se actuó ante el Juzgado y el Banco Agrario en conjunto con los demás actos inequívocamente encaminados a obtener el pago de los dineros a favor del Instituto de Seguros Sociales, permite comprender sin dubitaciones que Hernán Pulgar Severiche, pretendía conseguir su objetivo de defraudar el patrimonio económico de la entidad pública y que fue, para fortuna del Estado, las actuaciones de los funcionarios del banco agrario para la verificación de la identidad de los beneficiarios de los títulos judiciales, la que logró evitar que se produjera la lesión al bien jurídico tutelado."

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

M.S: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO
Radicación: 08-001-60-01-067-2010-03640-01/ 2018-00173-P-CR

- DECISIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR- Materializada por los maltratos físicos y sicologicos a que fue sometida la cónyuge en el seno de su hogar**/ CONDICIÓN RELEVANTE DE LA MUJER-** Es deber de las autoridades públicas al momento de emitir sus decisiones analizar el contexto en que se generan eventos lesivos de la dignidad de la mujer
PROCESADO: Rafael Angel Auque Cuello

Causa fáctica:

En el presente caso, el procesado en su condición de esposo de la víctima la redujo en las instalaciones de su hogar y le propino golpes que le causaron graves lesiones personales, razón por la cual fue condenado por el delito de violencia intrafamiliar.

Extractos:

"Desde el pasado 22 de Febrero de 2018, la Honorable Corte Suprema de Justicia, puso de relieve que los Jueces debemos aplicar perspectiva de género en los casos de violencia de pareja, cosa que si bien no es novedosa, puesto que desde 1977 hay registros de decisiones proferidas por esa Alta Corporación en ese sentido, lo cierto es que, en ponencia de la Dra. Margarita Cabello Blanco se dictó la sentencia de tutela con Radicado Nº 2017-00544-01, en la que, entre otras cosas, se sostuvo que, dentro de nuestros deberes están los siguientes: (i) Aplicar derecho a la igualdad dentro de las decisiones judiciales e introducir dentro de ellas la perspectiva en mención, a efecto de disminuir la

violencia contra la mujer y romper patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles, que están concebidos en desigualdad; (ii) dilucidar la prueba y valorarla en forma diferente, con el propósito de romper esos patrones, teniendo conciencia de la situación diferencial en la que se puede estar, evitando la revictimización, flexibilizar la carga probatoria, etc.; (iii) aplicar justicia con rostro humano. (…)

Superado el proemio, adviértase que, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a través de sentencia con radicado Nº 48047 (2017) y 51956 (2018), entre otras, definió los criterios para la interpretación del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (Art. 229 C.P.), en donde resaltó que: la cohabitación de una pareja (procesado y victima) aunado a los maltratos físicos, permiten encuadrar este comportamiento en dicho punible, y, conforme a las estipulaciones probatorias se tiene por demostrado que los señores RAFAEL ANGEL AUQUE CUELLO -procesado- y MARTHA LIGIA GÓMEZ HENRÍQUEZ –víctima- se hallaban casados a la fecha del 13 de Mayo de 2010, día de los hechos que generaron esta causa; dicho sea de paso, de cuya unión nacieron los menores AAC y NAC, con acreditación del registro civil de nacimiento y que dan cuenta que los premencionados son sus progenitores.

Y, sigue diciendo la Alta Corporación, en decisión con Rad. Nº 48624 (2018) "la violencia intrafamiliar se materializa cuando se maltrata "física o sicológicamente a cualquier miembro de su grupo familiar", sobre lo que no hay duda, ya que, así lo refieren los testigos, que entre los entonces esposos, señores RAFAEL ANGEL AUQUE CUELLO y MARTHA LIGIA GÓMEZ HENRÍQUEZ, hubo una discusión acalorada, que terminó en que el encausado la lanzó hacia la cama, estando allí la "neutralizó" –supuestamente, por medio de una abrazo- y fue con tal contundencia que desafortunadamente esta última sufrió unas lesiones, amén de la fractura del brazo derecho, que según los galenos que fueron a juicio ello daba lugar a noventa (90) días de incapacidad médico legal definitiva, sin secuela.

De modo que, dentro de esa unidad familiar, hubo el maltrato físico, con diagnóstico médico e incluso y si se quiere psicológico del que fue víctima la entonces esposa del procesado; sumado a que puede implicar una lesión a la dignidad humana y la integridad física de la víctima femenina.

Y, aquí no se puede sostener, como lo hizo el apelante que, el hecho que víctima y procesado, supuestamente venían con problemas en su hogar, no dormían en la misma habitación, la unidad familiar estaba resquebrajada con anterioridad al día de los hechos, ya eso *per se* impide que se configure el reato en mención, máxime que el pasado 30 de Mayo de 2018, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión con Rad. Nº 51956, sobre un tema similar al que nos ocupa sostuvo que:

"Es que precisamente, es esa convivencia continúa e indeleble, en el mismo lugar de residencia entre ambos, ***AUNQUE NO TUVIERAN RELACIÓN SENTIMENTAL, VÍNCULO AFECTIVO, NO DURMIERAN JUNTOS, LO QUE GENERA UNA UNIDAD DOMÉSTICA, QUE SI BIEN PUEDE DESLIGARSE DEL CONCEPTO DE FAMILIA ENTENDIDO COMO AMOR, UNIDAD, TRADICIÓN, ENTRE OTRAS CARACTERÍSTICAS, ES PROTEGIDA POR EL LEGISLADOR A TRAVÉS DE REGLAS DE RESPETO MUTUO Y TOLERANCIA. POR TANTO, SE REITERA QUE UN ACTO DE MALTRATO O AGRESIÓN FÍSICA O PSICOLÓGICA ENTRE MIEMBROS QUE INTEGRAN LA UNIDAD DOMÉSTICA, SE CONVALIDA CON EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR***" (El destacado es de la Sala).

(…)

Es decir, de las mismas declaraciones de las partes involucradas no queda duda que convivían al momento de los hechos, la institución se mantiene, histórica, formal al momento de los hechos, intermitente si se quiere, en el mismo techo, con discusiones constantes, con enfrentamientos frecuentes, con división de los quehaceres de los hijos que tienen en común, por lo que sí se lesionó el bien jurídico, que aquí lo es la unidad familiar, que está sintonía del artículo 42 superior y que protege no sólo a los hijos, sino también a la mujer en este caso, a la señor MARTHA LIGIA.

Es más, aquí no se puede perder de vista que hubo una evidente exposición a la violencia verbal, pues al aparecer se le señaló a la víctima de tener una relación paralela, que como lo dijera la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de casación penal en el Rad. Nº 41457, entre otros, la señora MARTHA LIGIA venía siendo maltratada por el señor AUQUE CUELLO, es decir, en modo ninguno se puede hablar de un plano de igualdad, sino de subordinación, como a diario sucede en nuestro país. Y, este caso no es la excepción, ya que, bien pudiese pensar que a causa de su condición de género, la señora MARTHA LIGIA estaba expuesta a riesgos particulares y vulnerabilidades en concreto, como ocurrió aquí donde la fuerza de su agresor la lesionó como viene dicho, amén de su condición de mujer, más delgada y frágil que su entonces esposo, de contextura más liviana, etc.

Aspecto morfológico que a ciencia cierta conocía el procesado, de modo que, no son de recibo sus alegaciones en torno a que a lesión sufrida por la fémina se debe a ello y no a sus agresiones o los móviles de la discusión, sean cuántos y cuáles hubieren sido, que dicho sea de paso, no hacen un aporte transcendente o permitieran variar el sentido de la decisión; en todo caso, de ser ello, así debió tener sumo cuidado cuando supuestamente se disponía a detener los golpes que ella le estaba propinando, pues era apenas elemental que, en fuerza y "poder" él llevaba ventaja y por ende algo como lo que aquí ocurrió estaba llamado a suceder. Lo anterior no es una inferencia de la Sala, sino que como lo dijera la misma víctima, su forma de repeler los ataques fue

con una cachetada, que no logra, en ocasiones, causar mayores agravios y mucho menos lo fue haciendo una ponderación de la lesión que sufrió. Lo anterior no es una legitimación a la gresca que hubo en ese hogar el día de los hechos, pues pudo haber equivocación de parte y parte, pero no puede el varón, sobreponerse a la mujer y menos en el uso de la fuerza en la que hay un evidente imbalance.

Es decir, como lo ha reiterado la Alta Corporación (CSJ. SP. Rad. Nº 38103), "Y, es que en este caso particular la protección a la agraviada ha de ser mayor, dado que se trata de una mujer, que por circunstancias naturales se encuentra físicamente en inferioridad de condiciones en relación con el hombre".

Lo anterior, con base en lo depuesto por la víctima, quien fue quien señaló que era objeto de agresiones, fue lanzada a la cama y estando allí fue lesionada por el aquí procesado, a quien dicho sea de paso, como lo ha sostenido la Corporación en mención, a través de decisión con Rad. Nº 41373, entre otras, se le debe creer, no como producto de lo que se conoce como tarifa legal, sino que véase que la comisión del punible se dio en la intimidad del hogar, es decir, es la más legitimada para contar lo sucedido, no hay nada que obste para que no se le crea, etc., pero además, como se dijo al inicio de este acápite, el tema probatorio es distinto a como lo sugiere el apelante, ya que, por ejemplo, la Honorable Corte Constitucional en las sentencias T-878/14 y T-012/16, se dijo que cuando menos, en los casos como el que nos ocupa, corresponde: "(…) ***FLEXIBILIZAR LA CARGA PROBATORIA EN CASOS DE VIOLENCIA O DISCRIMINACIÓN, PRIVILEGIANDO LOS INDICIOS SOBRE LAS PRUEBAS DIRECTAS, CUANDO ESTAS ÚLTIMAS RESULTEN INSUFICIENTES*** (…)" (El destacado es de la Sala).

Por lo que, no queda duda que la sola declaración de la víctima habría sido suficiente para alcanzar el grado de convencimiento que se requiere para condenar, al margen que recordara con exactitud o no el día y la hora, máxime que esa actitud que se le exige a la perjudicada es casi que una carga que no está llamada a soportar. Ella colocó la denuncia, procuró la solidaridad.

Empero, no se puede perder de vista que hubo diversos testigos, entre los que estuvieron una amiga y un familiar de la víctima, a quienes se les debió impugnar la credibilidad en el escalón procesal que correspondía y no hacerlo ahora en sede de segunda instancia, advirtiendo que son sospechosos, como si se tratara de un proceso de Ley 600/00. Y, recuérdese que, a un familiar y/o a un amigo no se le resta credibilidad *per se*, máxime que eso sería tanto como hacer una especie de tautología.

Pero además, acudieron médicos a la vista pública, quienes como lo dijo el mismo apelante dieron conceptos sobre la fractura del brazo y como si fuera poco hay un dictamen contundente de la lesión que sufrió la señora MARTHA

LIGIA, la misma, que señaló sin dubitación ninguna al señor AUQUE CUELLO de ser su agresor, el mismo que si bien no alcanzó a desmentirlo, propuso, como también lo hizo su defensor darle un matiz distinto y como se dio en casi todo el debate probatorio, se intentó, sin éxito, mancillar el nombre de la víctima, su proceder, su comportamiento, yendo en contravía de los tratados internacionales, de las decisiones de las Altas Cortes, pero además en abierta contradicción con el hecho que, las mujeres están sometidas a una violencia oculta y hasta hace poco olvidada, y hacia quienes hay que proteger su derecho a la intimidad, de modo que, no se puede pretender practicar pruebas que de suyas atenten contra esa prerrogativa y mucho menos puede haber injerencia en su comportamiento social e incluso sexual anterior y posterior al hecho que nos ocupa.

(…)

Tampoco comprende la Sala, la postura oportunista del apelante, en cuanto a querer restarle la fuerza a la decisión de primera instancia y de contera a la Sala al poner de relieve un asunto penal, que esta Colegiatura no conoce, no hace parte de la actuación, luego, ningún análisis se hará, sobre todo, cuando al parecer se trata de procesos disimiles, que no están ni siquiera conexos y por ende no debió ser traído a cuento, pues son por demás impertinentes; cosa que sucede también en lo que atañe al tema de alienación parental, pues ello no fue fundamento ni para la acusación de la Fiscalía, ni para la sentencia de primer nivel y mucho menos lo es ahora para la Colegiatura, pues el debate aquí fue otro, tal y como viene dicho en precedencia.

Por todo, el comportamiento del señor AUQUE CUELLO se acomoda perfectamente a la descripción que trae el tipo penal de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y, lo es, conforme al inciso segundo del artículo 229 del C.P., que no es que sea propiamente agravada, sino que lo es de segundo orden, es decir, trae una pena superior, distinta, inequívoca, cuando, por ejemplo, como ocurre en este caso, la víctima es una mujer y eso es un hecho notorio; también cuando está en estado de indefensión que como ha quedado demostrado lo estaba, disminuida físicamente, verbigracia con el abrazo que supuestamente le estaba dando el agresor que en verdad era una forma de neutralización y por qué no decirlo disminuida psicológicamente, máxime si se mira desde la perspectiva de género y por supuesto con base en su propio relato y el de los galenos, como se ha dicho anteriormente."

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
RADICACIÓN No. 08001220400020180030000/ 2018-00376-00-T-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de tutela de primer nivel
TEMAS: DERECHO DE PETICIÓN ANTE AUTORIDADES JUDICIALES- Mora en el inicio del proceso penal que debe adelantarse en razón de la denuncia interpuesta por el peticionario/**DEBIDO PROCESO**- Se entiende vulnerado ante la mora judicial injustificada/Deber del funcionario de atender el plazo legal de duración de los procedimientos en materia penal
FECHA: Noviembre 6 de 2018
ACCIONANTE: Víctor Manuel Ríos Mercado
ACCIONADO: Fiscalía 17 Seccional Unidad de Administración Pública

Causa fáctica:

En el presente caso, el actor promueve el amparo constitucional por estimar vulnerado su derecho fundamental de petición al no obtener respuesta por parte de la fiscalía seccional encargada de dar trámite a una denuncia penal formulada hace más de tres años, sin que hasta el momento se haya decidido archivo o imputación.

Extractos:

"En el caso *sub judice*, el accionante Víctor Manuel Ríos Mercado, elevó derecho de petición el día 17 de septiembre de 2018, solicitando a la Fiscalía 17 Seccional de Barranquilla, se practique audiencia de imputación en el proceso No. 080016001257201501652, en que el funge como denunciante el aquí demandante.

Al respecto, la entidad accionada fue debidamente comunicada de la existencia de la presente acción de tutela, a la cual dio respuesta dentro del término judicial, informando a esta agencia judicial, que "*se encuentran recolectando elementos probatorios necesarios para imputar los cargos, sin embargo, realizó orden a Policía Judicial para practicar inspección al expediente 0868-2014 de la secretaria de control urbano de esta ciudad, por el que están en espera de la entrega del informe del investigador, además de solicitar al denunciante documentación actualizada recibida el 4 de octubre de 2018, los cuales se encuentran en el despacho para el respectivo análisis*"[15], no obstante, esta Sala denota que tal información no le fue comunicada al actor, pese a que elevó solicitud escrita el 17 de septiembre pasado, por lo que se observa una trasgresión a su derecho de petición.

[15] Folios 25-27 C.O. del Tribunal

Así las cosas, la Colegiatura amparará el derecho de petición del libelista y en consecuencia, se ordenará a la Fiscalía 17 Seccional de Barranquilla, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, resuelva de fondo-independientemente de su sentido-, la solicitud que realizó el ciudadano Víctor Manuel Ríos Mercado, el 17 de septiembre del presente año.
(…)
La Corte Constitucional ha indicado en reiteradas providencias que la congestión y mora judiciales afectan gravemente el disfrute del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, en los términos de los artículos 29, 228 y 229 Superiores[16].
(…)
Sin embargo, para establecer la procedencia de la acción de tutela cuando se presenta mora judicial es necesario que se tenga en cuenta que: (i) la agencia judicial accionada ofrezca serios motivos para incurrir en dicha mora; (ii) se observe claramente el incumplimiento de un término establecido en la Ley; (iii) la mora desborde el concepto de plazo razonable, a menos que se demuestre que el funcionario haya realizado todos los medios para evitarlo.
(…)
Asimismo ha destacado nuestra Guardiana de la Carta que en estos eventos, el análisis de procedencia de la acción de tutela debe tener en cuenta que materialmente el interesado se encuentra en una situación de indefensión, puesto que a diferencia de lo que ocurre en el escenario del amparo contra una providencia judicial, en el que existe una determinación que puede cuestionarse, mediante el uso de recursos ordinarios o extraordinarios; en el caso de las omisiones no existe pronunciamiento, por esta razón es precisamente, ante la ausencia de otro medio de defensa judicial eficaz que la acción de tutela es la llamada a lograr que se produzcan las decisiones tanto de trámite como interlocutorias que permitan avanzar en la resolución del asunto de fondo[17].

En este orden de ideas, para el caso que hoy nos ocupa, la acción de tutela resulta completamente procedente, partiendo de que la parte actora no cuenta con otros mecanismos judiciales eficientes, que garanticen la materialización del derecho al debido proceso dentro de una actuación penal, en el evento en el que este se encuentre vulnerado por parte de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal.

Si bien, en la jurisprudencia constitucional se ha enunciado que la acción de tutela es improcedente como regla general cuando se lleva un proceso penal en curso, no es menos cierto que ésta tiene su excepción, cuando de trasgresión a

[16] Entre otras Sentencia T-058 del 9 de febrero de 2012, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto y T-693 A del 20 de septiembre de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[17] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-394 de 2016.

las garantías fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia se trata.

(…)

En el presente evento, el ciudadano Víctor Manuel Ríos Mercado, acudió a la acción de tutela, en virtud que el 7 de abril de 2015, denunció a los señores Gerardo Eliécer Mendoza Jiménez y Antony Eliécer Mendoza Herrera, y pese a que ya transcurrieron más de 3 años, la Fiscalía no ha cumplido con el programa metodológico trazado.

Frente a dicha aseveración, la Directora Seccional de Fiscalías señaló que: (i) dentro del SPOA 080016001257201500165 2 aparece como denunciante el actor y denunciado la señora Diana María Amaya Gil; (ii) dicha actuación la tiene a su cargo la Fiscalía 17 accionada, la cual le fue asignada el 16 de abril de 2015 y se encuentra obteniendo los elementos necesarios para imputar cargos u ordenar el archivo; (ii) en esa denuncia, el actor aportó una Resolución en la cual declararon contraventores de las normas urbanísticas del Distrito de Barranquilla a los señores Gerardo Eliécer Mendoza Jiménez y Antony Eliécer Mendoza Herrera.

Al respecto, debe precisarse que el artículo 175 de la ley 906 de 2004 dispone:

> Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este Código.
> El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.
> La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.
> La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.
> PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.

Lo que puede observarse de la lectura detenida del escrito genitor, es que la accionante se duele que la Fiscalía asignada, no ha formulado imputación pero tampoco ha archivado, pese a que ya han transcurrido más de tres (3) años desde la interposición de la denuncia.
Asimismo, dentro del plenario se observa que la Fiscalía accionada no acreditó si quiera órdenes a la Policía Judicial o que haya adoptado un programa metodológico.

Y es que si bien cuando son tres o más los indiciados el término de la indagación se extiende a tres años, y en el caso de marras se vislumbra que solo es una persona la indiciada propiamente y aunque fueran tres, ya ha trascurrido el tiempo que establece la Ley en ese caso para la indagación.
Debe aclararse que esta Corporación no puede inmiscuirse en la decisión que adopte dicha entidad, pues hacerlo implicaría desbordar el límite de las competencias, máxime cuando este organismo por disposición superior tiene a su cargo la titularidad de la acción penal, tal y como lo establece el artículo 250[18] de la Carta Política Nacional.
(…)

Debe resaltar la Sala que por el hecho de tratarse de una investigación que requiere un grado avanzado de estudio, no le otorga a la Fiscalía accionada la potestad de prolongar en el tiempo las resultas de la indagación, pues ello implicaría *per se* poner en riesgo las garantías mínimas de los interesados y por la derecha los principios generales que rigen la correcta administración de justicia.

A su vez, debe destacarse que si bien la Directora Seccional de Fiscalías, deprecó que en el año 2016 el señor Víctor Manuel Ríos Mercado, interpuso una acción de tutela bajo los mismos argumentos, la mora se ha prolongado en el tiempo y por lo tanto, se trata de un hecho nuevo, puesto que a la fecha ya se cumplieron más de tres (3) años desde la noticia criminal."

DECISIÓN: Amparar los derechos fundamentales de petición y debido proceso del actor. Conceder un plazo de 2 meses a la fiscalía accionada para resuelva lo pertinente respecto de la denuncia penal incoada por el tutelante.

NOTA DE RELATORÍA:

[18] ARTICULO 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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