



BOLETÍN No. 61

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Marzo – Abril 2019

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Radicado interno: 41.963 - 41.964

C.U.I. No. 08001315301019890913402 - 08001315301019890913401

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: CASO GALEON SAN JOSE- Improcedencia del levantamiento de la medida de secuestro ya que los bienes aún se encuentran sumergidos/ **REPRESENTACION JUDICIAL DE LA NACION**- La tiene el Ministerio de Cultura como protectora del patrimonio histórico, artístico y cultural sumergido/ **MEDIDA CAUTELAR DE SECUESTRO**- Desde el momento que se decretó pendía de la extracción y rescate de los bienes en disputa/ Resulta razonable, proporcional, necesaria y adecuada dado que busca un objetivo legítimo

FECHA: Marzo 29 de 2019

DEMANDANTE: Sea Search Armada

DEMANDADO: El Estado Colombiano

Síntesis del caso:

En el presente evento, estudia la Sala Unitaria de Decisión, el recurso de alzada y la solicitud de nulidad frente al proveído que levantó la medida cautelar de secuestro que viene decretada en fallos ejecutoriados sobre los bienes sumergidos en el Galeón San José, y por otro lado, la pretensión de nulidad de lo actuado por parte del Ministerio de Cultura Colombiano, por la presunta falta de legitimidad en la causa por activa, conforme lo sostiene la parte demandante recurrente, peticiones que fueron resueltas de forma acumulada.

Extractos:

“No se trata, como afirma el apelante de un desplazamiento concurrente con inobservancia de lo dispuesto en el artículo 189 Superior. Obsérvese que para el año de 1992 se aceptó la participación no excluyente de la Presidencia de la República para representar judicialmente a la Nación, pese a no estar

expresamente designada tal función en el Código Contencioso Administrativo. Dicha aceptación se hizo con ocasión del artículo 189 constitucional que lo facultaba como Suprema Autoridad Administrativa, lo que no desplazaba ni excluía a los entonces apoderados de la nación, del Ministerio Público y de la Dirección General Marítima (DIMAR), ni impedía que otras entidades (como el Ministerio de Cultura) pudieran intervenir dentro del proceso en defensa de los asuntos y/o bienes que les compete por disposición legal o constitucional.

Y las normas como la Ley 397 de 1997 y el Decreto 763 de 2009 radican competencias al Ministerio de Cultura en cuanto a la protección del patrimonio cultural de la Nación, por lo que no resulta descabellado que intervenga en representación de la Nación a efectos de solicitar como efectivamente lo hizo el levantamiento de una medida cautelar sobre unos bienes que, de acuerdo a la sentencia de Casación de 2007, constituyen patrimonio cultural de la Nación y por tanto, son objeto de protección de esta entidad.

(...)

De esta manera, se condicionó la práctica de la medida cautelar al acceso que se tuviera sobre los bienes objeto de la misma, una vez estos fueran extraídos o rescatados. En virtud de lo anterior, y atendiendo al examen de las circunstancias actuales, es evidente que el fin de la medida de secuestro decretada no se ha cumplido aún y por tanto, no debió ser levantada por haber sentencia ejecutoriada.

Al respecto del carácter provisional de las medidas cautelares, pese a haber transcurrido 25 años desde el decreto de la medida cautelar, no quiere decir, por ello, que esta tenga el carácter de indefinida en el tiempo. Si se estudia, lo que ha obstaculizado la diligencia del secuestro es que no se ha realizado la extracción o rescate de los bienes objeto del mismo, acto que no depende de la apelante, por lo tanto, dicha medida no debió ser levantada bajo esos supuestos.

Aplicar de manera estricta los artículos 306 y 597 del C.G.P. en el presente caso, sin atender a las particularidades del mismo y a lo dispuesto en las dos primeras instancias de este proceso, sería desconocer y atentar contra lo dispuesto para la protección del derecho de la apelante.

La medida de secuestro en el caso en concreto no está supeditada al final del proceso, de acuerdo a lo establecido en las citadas normas del estatuto procesal, pues como se ha evidenciado en el auto del 12 de octubre de 1994 que fue confirmado en su integridad por la sentencia de segunda instancia del 07 de marzo de 1997, está

supeditada a la extracción o rescate de los bienes sumergidos objeto del proceso, que sería la manera eficaz como perdería funcionalidad la cautela, pues ella recae propiamente sobre bienes futuros.

Así las cosas, y siendo que la práctica del secuestro no dependía del fin del proceso con la ejecutoria de la sentencia el 09 de julio de 2008, sino en la extracción y rescate de los bienes afectados por la medida cautelar, es posible ver que las circunstancias en las que se decretó la misma no difieren de la actualidad, ya que los bienes aún se encuentran sumergidos, por ende no es achacable al apelante el vencimiento de término alguno para solicitar la ejecución de una medida que desde el momento en que se decretó pendía de la extracción y rescate de los bienes en disputa. Situación que se mantiene incólume.

Ahora, si lo que se quiere es aplicar el inciso primero del literal c del artículo 590 del C.G.P, el juez puede limitar la duración de una medida cautelar si considera que conservarla por mucho tiempo puede ser excesivamente dañino, encuentra esta Sala que la medida de secuestro no ha vulnerado ni se prevé vulneración alguna a la Nación por cuanto está zanjado lo respectivo al derecho de dominio de ambas partes. Lo que sí resulta vulnerador es desamparar al demandante del único instrumento con el que puede hacer cumplir los fallos de 1994 y 1997 por la falta de una actuación que no está en su poder de ejecutar.

Siendo así, el mantener la medida cautelar de secuestro en esta situación particular es razonable, proporcional, necesaria y adecuada, dado que busca un objetivo legítimo y sirve al fin propuesto...”

DECISIÓN: Revoca la providencia venida en alzada. Mantiene la medida de secuestro que viene decretada en providencia de 12 de octubre de 1994. Se abstiene de pronunciarse sobre la nulidad propuesta por sustracción de materia.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Radicación: 080013100300520170016000 / **Número Interno:** 41.645

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA- No se encuentra acreditada dentro del proceso/ **DICTAMENES PERICIALES-** Fuerza suasoria y demostrativa de los perjuicios materiales causados al titular del inmueble en lo relacionado con el lucro cesante/ **AVALÚO PREDIAL-** Constituye la base económica sobre la cual puede determinarse el valor real del inmueble expropiado

FECHA: Abril 10 de 2019

DEMANDANTE: Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)

DEMANDADO: Inverhab S.A.S.

Síntesis del caso:

Solicita la parte demandante que se decrete la expropiación de una zona del terreno en un área de 18.0724 hectáreas que hace parte de un predio de mayor extensión llamado CASA BLANCA ubicada en la jurisdicción del municipio de Puerto Colombia y con linderos y medidas establecidas en la pretensión primera. Consecuencialmente que se registre la sentencia que así lo declare y se cancelen los gravámenes.

Extractos:

“Por eso, es evidente que, cuando se trate de procesos de expropiación no se tratará de escoger si se debe indemnizar conforme a lo solicitado en la demanda o no, pues, lo fundamental será prever que existen dos extremos litigiosos, uno pretendiendo se pague conforme el avalúo presentado –demandante- y el otro, a partir de la oposición al mismo, con un peritazgo elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por una lonja de propiedad raíz.

Es así, que la resolución judicial no se sujetará únicamente a la pretensión de la demanda, sino que, propenderá por verificar si existe objeción en los términos del artículo 399 numeral 6 del C.G.P, a efectos de evaluar cuánto es el valor a indemnizar por concepto de daño emergente o lucro cesante, como también los rublos que plantean las partes como afectación patrimonial generado por el hecho de la expropiación.-

Con esa información, ha sido indiscutible que la juzgadora de primera instancia estaba en la obligación, si consideraba que se hallaba probado un mayor valor, ordenar el pago conforme a las pruebas practicadas dentro del trámite civil, más no atenerse a lo aportado por la demandante, en tanto, si sólo se sujetara al monto propuesto en la demanda podría generarse una verdadera injusticia a la hora de indemnizar.

Luego, sería inexacto invocar la falta de congruencia alegada por la apoderada de la demandante y el procurador, al haberse escogido un mayor valor de indemnización a la propuesta en la demanda, pues tal pretensión, vulneraría la especialidad del proceso de expropiación previsto en el artículo 399 del C.G.P.

No se comparte la fundamentación de los impugnantes, en el sentido de asumir acríticamente los dictámenes aportados por las partes, pues de considerarse que

ninguno satisface las expectativas indemnizatorias, es obligación del Juez propender por reconocer los perjuicios que se generen en realidad, todo ello en virtud del artículo 42 del C.G.P.

(...)

En resumen, no es asimilable el proceso vía contencioso administrativo y jurisdicción ordinaria, pues el primero se sujetará a establecer los posibles vicios en que haya incurrido el acto administrativo en que se declara la expropiación, es decir, por hallarse falto de motivación, sin competencia, con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa o desviación de poderes, conforme prevé el artículo 137 de la ley 1437 de 2011; mientras, el proceso de expropiación vía debate ordinario, tendrá como principal finalidad que se declare la expropiación de un bien a favor del Estado, previendo que por mandato del artículo 399 del C.G.P, exista una indemnización, que siendo integral, comprende por daño emergente y lucro cesante.

(...)

Es relevante entender que la resolución no necesariamente debe contemplar el lucro cesante para que se pueda indemnizar vía judicial, pues lo que se debate no es la legalidad del acto administrativo, sino el derecho a ser indemnizado por la afectación de la propiedad, por su real afectación y es ello lo que consiste la esencia del trámite judicial.

(...)

Por esas razones se descartan las hipótesis planteadas tanto por el Procurador como por la demandante en el sentido que en el presente proceso no se ha de reconocer indemnizaciones por lucro cesante, al considerar que el asunto era de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; no obstante, se les precisará que, efectivamente la Sala, más adelante, determinará el monto a indemnizar con ocasión al título minero KK6-14461. Todo ello, en especial observancia de la Resolución 2684 de 2015.

Aclarado lo anterior, se entra a revisar lo que respecta al reparo de la demandante frente a la indemnización por DAÑO EMERGENTE, específicamente en el valor del terreno, a lo que ha de hacerse varias precisiones, aclarando de entrada que esta Sala de Decisión modificará el monto a indemnizar por ese concepto, tal como se verá.

En el fallo atacado, la juzgadora de primera instancia interpretó que debía acogerse el criterio expuesto por el perito **VICTOR AVENDAÑO LOGREIRA**, en el

que manifestaba que el predio CASA BLANCA, objeto de expropiación, no podía ser valorado a partir de Unidades Fisiográficas, pues, según su criterio:

"(...) Al momento de hacer la visita técnica en el predio para mi toda la rasante es igual en ese momento no hay diferenciación de zona geoeconómica y zona geofísica por tanto le di el mismo valor a toda esa zona."

Por eso, cuando interpretó la forma en la que se debía indemnizar el daño emergente, la Juez determinó que la solución era aplicar el monto conceptuado por la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTANGENA, al representarle mayor confianza, pero con la salvedad que solo lo haría empleando el valor de UF1 para toda la zona objeto de expropiación.

Es así que, la resolución al conflicto propuesto resultó en un eclecticismo, no propio de la dinámica valorativa que se le imponía, pues los peritazgos ni pueden ser fraccionados, ni han de seleccionarse parcialmente. El hecho que se identificara que los montos a indemnizar correspondían a lo que la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTAGENA había dado como valor para la UF1, extendida a toda la franja expropiada, no tendría en cuenta que, con ello, se crearía un *tertio* dictamen, configurado a partir de apreciaciones de un perito, VICTOR AVENDAÑO, aplicado al que decidió escoger.

Por eso, tal selección no es compartida por esta Colegiatura, pues, lo que demanda el análisis para este tipo de pruebas es valorar y escoger sin bifurcaciones o fraccionamiento los peritazgos que se aporten, en tanto, si bien el juez vendría a ser quien decida a partir de su buen criterio cuál ha de aplicarse, tal funcionario no posee -ni debe poseer, bajo el entendido que el conocimiento privado en estos asuntos no es admisible-, experticia en el tema de controversia, imponiéndosele la obligación de criticar y aplicar el dictamen que le genere mayor confianza, sin capacidad de creación y mucho menos remplazar las experticias por su propio conocimiento privado.

Por ello, y en virtud de un deber de corrección de los yerros que se generen en los fallos dictados en primera instancia, y atendiendo a que la demandante ha apelado la decisión, debe especificarse que, efectivamente, el Tribunal comparte las razones de la juez para acoger el dictamen aportado por la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTAGENA, pues en él, claramente se advierte la situación en la que se encontraba el predio antes de la entrega provisional que efectuare el despacho de instancia, pero lo que no es compartido es la comunicabilidad de los criterios entre un perito y otro, razón por la que se acogerá integralmente el dictamen aportado en la demanda.

La razón de la decisión que se adoptará tiene que ver con que, en realidad, todos los peritos acogen los mismos criterios para valorar el precio del terreno,

pero, con la diferencia que, i) Ángel Avendaño Logreira no divide el predio en unidades fisiográficas y no tiene en cuenta el descuento por plusvalía y ii) Marcial Navarro Mendoza no hace descuento por plusvalía.

Es de resaltar que, los demás aspectos contenidos en los dictámenes son iguales en todos los peritos, es decir, la tasación para el valor de las construcciones y mejoras arrojó un total de \$77.871.760 y para cultivos y mejoras dio un valor de \$449.598.000, por lo que dichos conceptos no serán analizados y permanecerán incólumes.

Pues bien, es claro que el dictamen aportado con la demanda cumple con las expectativas de ley para ser acogido por este Tribunal, al responder a una investigación económica indirecta de mercado, en el que se escogió y ponderó cuál podría ser el valor para el predio a partir de las ofertas de predios colindantes, valores que fueron a su vez utilizados por los demás peritos para calcular el costo del terreno, todo ello se hizo en ajuste a lo estipulado en la Resolución 620 de 2008.

Es importante, advertir que, las zonas de un terreno pueden tener diferentes unidades fisiográficas, por lo que el valor de cada una de ellas podrá variar, siendo deber del evaluador, conforme la resolución 620 de 2008:

"Artículo 7º.- Identificación física del predio. Una correcta identificación física del predio deberá hacerse teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

3. Topografía. Caracterización y descripción de las condiciones fisiográficas del bien. Es indispensable en este aspecto detectar limitaciones físicas del predio tales como taludes, zonas de encharcamiento, o inundación permanente o periódica del bien."

No hay vacilación que, para que se pueda entender que se ha observado en debida forma un predio, deberá estar dividida en las zonas topográficas, haciendo saber si existen o no unidades fisiográficas que permitan vislumbrar una variación en el monto del terreno. Se extrae entonces que, habiéndose observado, efectivamente que, la zona objeto de expropiación poseía diferentes características, lo demandable era la división del mismo en UF.

De ahí que, la diferenciación en Unidades Fisiográficas, no era antojadiza, sino que respondía a la observación reglada en la Resolución arriba citada, pues a pesar que, el destino del proyecto sería de infraestructura vial, dicho ítem no habilitaba para desconocer que el inmueble tenía un valor independiente del objeto de la expropiación, por tanto, se estima no acertada la argumentación expuesta por la *a quo*. Es más el sentido común conduciría a que si existe diferentes zonas en el predio a expropiar, con diferentes precios por hectáreas, correspondía utilizar un precio promedio, de descartar la diferenciación o haber dado las explicaciones justificativas de porque tomar el precio de una de las

unidades para generalizarlo y precisamente el mayor precio y ello no lo realizó la funcionaria de primera instancia.-

Ahora bien, tampoco se acertó por parte del Juzgado de instancia frente al descuento de plusvalía, al asistirle razón a la apelante y al procurador cuando manifestaron que el valor en que se incrementó el predio razón del anuncio del proyecto, no podía ser aprovechado por el demandado, al haberse generado un incremento sustancial conforme fue advertido en el informe de la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTAGENA Y BOLIVAR, quienes terminaron concluyendo que a partir del anuncio del proyecto en el predio M1, de referencia, se incrementó un total de 23.33% y para el predio M2 un 30%, que promediado arrojaría un total de 25%.

Eso sustentado en que el artículo 61 de la ley 388 de 1997 estableció en su parágrafo 1 que:

*"Al valor comercial al que se refiere el presente artículo, se le descontará el monto correspondiente a la plusvalía o mayor valor generado por el anuncio del proyecto u obra que constituye el motivo de utilidad pública para la adquisición, **salvo el caso en que el propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización, según sea del caso.**"*

Pese a eso, la juzgadora, sin observancia en tal parágrafo analizó que no se podía descontar el valor de la plusvalía del monto del terreno, pues los avalúos de referencia habían tomado lugar un término mayor de seis (6) meses, situación que si bien debería constituir una falta grave por parte de la entidad que pretende la expropiación, no puede generar un aumento en las expectativas económicas del demandado, al tenerse que tal precio no fue generado por su actividad económica, sino por un hecho de la administración, tal es la construcción de una vía. Así las cosas, no se podía aumentar el valor del predio sin un esfuerzo del demandado.

Pero además, alegada por la ley y la demandante, de manera pericial, la existencia de una plusvalía generada por el proyecto a desarrollarse en el terreno expropiado, correspondía a la demandada demostrar su inexistencia mediante la demostración de las circunstancias que la propia ley contempla en la parte final del parágrafo transcrito, como son: **“salvo el caso en que el propietario hubiere pagado la participación en plusvalía o la contribución de valorización, según sea del caso”**. Y nada de ello se encuentra probado en el plenario.-

(...)

Con esa determinación, se resuelve la propuesta realizada por el Procurador, quien propendía porque se escogiera el avalúo realizado por la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTAGENA, aportado por la demandante. A su vez, se

despacha desfavorablemente la pretensión de la demandada INVERHAV, a través de su apelación adhesiva, quienes pretendían se acogiera el dictamen de VICTOR AVENDAÑO LOGREIRA, atendiendo a que como se vio arriba, no utilizó en buena forma los criterios de ley para llegar a las conclusiones que se expuso en su informe pericial.

Ahora bien, respecto del lucro cesante reconocido en la sentencia se impone revocarlo, con apoyo en los siguientes argumentos:

a.- En nuestro sistema jurídico solo es susceptible de propiedad privada la “superficie” del suelo y las construcciones y plantaciones sobre esa superficie, el subsuelo y los materiales y minerales que se encuentran en él son de propiedad de la Nación; en ese sentido el Estado no tiene necesidad de volver a comprar (expropiar) lo que es suyo.

En la cláusula primera del contrato de concesión (folio 577), se establece expresamente:

“Concesionario tendrá la libre disponibilidad de los minerales objeto del contrato de concesión que llegue a extraer en el cumplimiento del Programa de Trabajos y Obras aprobado por la Concedente. Los minerales In situ son del Estado Colombiano; y una vez extraído serán de propiedad del Concesionario”.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 399 del CGP, establece los tópicos a través de los cuales se puede reconocer indemnización en un proceso de expropiación por “lucro cesante”:

“Parágrafo: Para efectos de calcular el valor de la indemnización por lucro cesante, cuando se trate de inmuebles que se encuentren destinados a actividades productivas y se presente una afectación que ocasione una limitación temporal o definitiva a la generación de ingresos proveniente del desarrollo de las mismas, **deberá considerarse independientemente del avalúo del inmueble, la compensación por las rentas que se dejaren de percibir hasta por un periodo máximo de seis (6) meses**”.¹

Y el dictamen rendido por el perito Víctor Marengo Boekhoudt aceptado por la A quo y por el proyecto, para tasar el lucro cesante, no se adecua al anterior criterio legal, ni a los supuestos antes mencionados, ni al mismo tenor del contrato de concesión, por:

¹ El parágrafo citado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, salvo el apartado de “hasta por un periodo máximo de seis (6) meses”, mediante sentencia C – 750 de 2015, de 10 de diciembre de 2015.

a.- No está demostrado en el proceso que el área de terreno a expropiar en este proceso estuviese siendo explotado económicamente al momento de la intervención estatal en la alegada explotación minera; se afirma que esa zona forma parte de un lote de mayor extensión sobre el cual se concedió la concesión minera y que por el pasa el carreteable que permite sacar los minerales que se extraían de otra porción del lote hacia la vía pública.

b.- Se valora comercialmente la “reserva minera en situ” que a futuro no va a poder ser extraída del subsuelo por el concesionario de la vía pública (folio 22 del cuaderno especial del dictamen) y como esos minerales son de propiedad del Estado y no del concesionario, estaríamos condenando al Estado a comprar lo que siempre ha sido suyo.

Además, el perito en estudio sostiene que “habitualmente “ se solicita un área menor para la licencia ambiental, como se cita en el proyecto, para efectos de costos e implementación logística y que las exigencias de manutención, formulación y asistencia jurídica son muy costosas a comparación de un título minero, lo que no debe prohibirse, porque en tal evento el beneficiario de la licencia declara un área menor de afectación ambiental para que los tramites y pagos ante el Estado sean menores y luego sale favorecido con una indemnización cuantiosa, por efectos de la real afectación del área del terreno.

En consecuencia, el punto referente a la concesión de indemnización por lucro cesante reconocido en sentencia será revocado.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta decisión tiene SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL sustentado por el Dr. Abdón Sierra Gutierrez, como quiera que la ponencia de mayoría, fue derrotada en cuanto al acápite de la indemnización por lucro cesante. Veamos aquí algunas de sus consideraciones:

“El proyecto original traía como científico, cierto y justo la indemnización presentada por el perito Marengo. Ahora bien, lo anterior no significa que, se deba acoger sin ninguna discusión el dictamen pericial defendido en el proyecto, pues tal punto, evidentemente podrá ser objeto de debate al interior de la Sala. En otras palabras, quedaba abierta la posibilidad de discutir sobre si ha de acogerse el criterio de la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE CARTANGENA de CAMALONJAS o el de VICTOR HUGO MARENCO BOEKHOUDT, dictámenes en los que sin ambages se determinó que era posible la indemnización del lucro cesante. De suerte, como se dejó sentado, no podrá dejarse de indemnizar la merma en las utilidades de la empresa INVERHAV S.A.S, pues ello, comportaría una verdadera injusticia en términos de ley.

(...)

Luego, definido que era necesario, por ley, establecer el reconocimiento de la indemnización integral (daño emergente y lucro cesante) y no compartiendo los integrantes de la Sala la valoración realizada por el Magistrado Ponente con apoyo en el perito Marengo, convenía que la Sala se adentrara al estudio de los otros dictámenes realizados en el proceso, para descalificarlos, lo cual, no se hizo en la decisión final, dejando sin pronunciamiento un extremo de la reparación que por ley debió resolverse. De estos razonamientos, se desprende, sin mayor esfuerzo, que lo que se ha concretado es una expropiación sin indemnización justa, dado que la negación del lucro cesante se apoya en un argumento ajeno al proceso de expropiación, es contrario a precedentes judiciales y en lo puntual con motivaciones insuficientes para descartar la cuantificación de la reparación, que no siendo compartida la que el proyecto inicial defendía, debió desvirtuarse los otros dictámenes aportados, todo ello, con el agravante que es sentencia que hace tránsito a cosa juzgada. Amen que la misma parte demandante, aporta dictamen donde reconoce el lucro cesante que niega la Sala."

De ahí que no comparta el punto de la negación del lucro cesante a que tiene derecho el demandante y propietario del predio a expropiar."

M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

RADICACIÓN No. 08-001-31-53-006-2014-00215-01/ Número Interno: 41056

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: **CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO** – Prueba de su existencia/
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL- Requisitos/ SALVAMENTO - Pago de estos gastos a título de indemnización por la violación de deberes convencionales/ **AVERÍA GRUESA**- Naturaleza jurídica/Prescripción

FECHA: Abril 10 de 2019

DEMANDANTE: Comercializadora y Representaciones Antiotrading SAS, Granyproc Ltda, Colanta Ltda, Carbone Rodríguez Y Cia S.C.A, Itacol De Occidente Ltda, Alimentos Polar S.A., Wilson Guillermo Perez Suarez, Seguros Generales Suramericana SA., La Previsora Compañía De Seguros SA., y Compañía de Seguros Bolivar S.A.

DEMANDADO: Harbor Shipping & Trading SA. y Seaport SA

Síntesis del caso:

En este caso, se estudia los efectos de la acción por avería gruesa dentro del contrato de transporte marítimo, y sus efectos sobre los gastos extraordinarios de salvamento, frente al fenómeno extintivo de la prescripción.

Extractos:

“Empero viene de verse que en el caso de marras, la empresa de Salvataje Tsalviris Salvage International LTD, suscribió contrato de transacción con los importadores y sus aseguradoras, que fue cancelado conforme las pruebas que reposan en el informativo, determinándose que por acuerdo entre las partes se dirimió de manera anticipada cualquier controversia sobre aquella remuneración.

Puestas así las cosas, el eventual titular de los derechos contenidos en la normativa que sirvió de fundamento jurídico al fallo, y en consecuencia, el legitimado en causa para ejercer la acción de salvamento individualmente considerada, hubiera sido Tsalviris Salvage International LTD, en caso de no haberse llegado a acuerdo o pago de la contribución a que se hizo acreedor por la salvaguarda de la mercancía como elemento de la aventura marítima, aunque se resalta que previamente había renunciado a esta jurisdicción al escoger como mecanismo de solución de controversia suscitadas en el acuerdo, el arbitramento en la ciudad de Londres. .

Ello da lugar a precisar, que las demandantes no estaban legitimadas para ejercer de manera exclusiva la acción de salvamento regentada en el artículo 1545 y subsiguientes del Código de Comercio, y que siguió avante conforme al juzgado luego de la reforma de la demanda, y en ese orden de ideas, se debe concluir que los gastos por salvamento cuyo cobro continuó, debían seguirse entendiendo como avería gruesa contra el armador y el agente marítimo por supuesta culpa del primero declarando la prescripción de la misma, y no confundirse con la acción en cabeza de la empresa de salvataje, pues nunca se actuó como subrogatario de esta última.

En ese orden de ideas, inadvirtió el juzgador, que en realidad a lo que se renunció fue al cobro de los gastos de avería gruesa en estricto sentido, pero nunca a la acción de avería gruesa, pues los gastos de salvamento que los demandantes continuaron exigiendo estaban inmersos en la primera en sentido lato, por expresa disposición de la norma colombiana y los lineamientos internacionales.

A manera de corolario se expresa entonces, que lo que se dejó incólume por la administración de justicia, teniendo en cuenta las normas en que fundó su decisión, se itera, 1545 y subsiguientes del Código de Comercio, fue una acción que solo podía prosperar bajo la legitimación de un tercero, y frente a la existencia de presupuestos fácticos sustancialmente diferentes de los expuestos en libelo incoatorio.

De lo anterior se colige, la resolución tangencial del A quo y de este Tribunal como superior funcional en su momento, no debió ser tal, pues antes de concluir la sustracción de materia en el estudio de la excepción con ocasión de la

renuncia de la acción de avería gruesa al momento de reformar la demanda, debió examinar si aquella separación resultaba viable, pues, se reitera, los gastos en que incurrieron para llevar la motonave Chios Wind al Puerto de Barranquilla, estaban inmersos en la avería gruesa a la que aparentemente se había renunciado con la reforma al libelo, admitida por la juez A quo por auto de agosto 18 de 2015 que obra a folio 516 del expediente.

Razón le asistió entonces a la defensa, cuando prima facie solicitó la declaración de prescripción de aquella figura a través del medio exceptivo, y a posteriori hizo hincapié en que la reforma al libelo solo buscaba evitar la declaración de prescripción.

De lo expuesto se sigue que ante la reforma de la demanda, la administración de justicia tenía dos opciones. La primera, no admitirla por la improcedencia de la escisión declarando la prescripción de la acción de avería gruesa, o en defecto de ese primer control, declarar en sentencia anticipada la falta de legitimación por activa de los compradores frente a la acción de salvamento de que habla el artículo 1554, a voces del artículo 282 del Código General del Proceso.

Ahora, téngase en cuenta, que además de dejarse erradamente incólume la acción de salvamento, se permitió su entremezclamiento con la acción de responsabilidad civil contractual, pues a la postre, la condena por los gastos de salvamento se impuso a título de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato de transporte, omitiéndose que tenían regímenes jurídicos independientes y que, como arguyó el apoderado de la compañía Seaport S.A., lo alegado no era la pérdida o daño a la mercancía, ni los perjuicios derivados del retraso en su entrega.

Empero en gracia de discusión se expone, que bajo el escenario de la separación de las dos figuras para tener como válida la reclamación del salvamento a título de indemnización por incumplimiento de contrato, a la misma conclusión de improsperidad debía llegarse, al no encontrarse fundamento en la declaración de existencia del contrato de transporte marítimo.

Y es que, a criterio de esta Colegiatura, el contrato de transporte marítimo del que se derivó la acción de responsabilidad civil, no aparece probado en el plenario, amén que la demanda reposó en un incumplimiento culposo erigido en un fallo de la dirección marítima, que, además de no encontrarse ejecutoriado a la fecha de la decisión, imputó culpa, junto con el capitán, al piloto práctico, sin convocar al proceso a la empresa de practicaaje o a quien estuviere llamado a responder por este último.

Pero al margen de la omisión de aquel llamamiento, que en esta instancia pierde

protagonismo por sustracción de materia, se centra la Sala en el tipo de vínculo que fue suscrito, encontrando como antecedentes las facturas comerciales expedidas por ADM América. Como quiera que las condiciones básicas no difieren entre los documentos firmados por los consignatarios, divergiendo únicamente en producto y cantidad, se toma como punto de referencia el descrito en relación a la sociedad Antiotrading S.A.S., que reposa a folio 69 del expediente, y da cuenta de la venta a esta última empresa, de 1,100.000 toneladas métricas de pellets de residuos de la destilería de maíz a granel, por un precio total de 326.557 dólares americanos, cuya entrega fue pactada bajo el Incoterm CFR entendido como costo y flete, teniéndose como puerto de origen el de AMA, Louisina, Estados Unidos y como Puerto de Destino, el de Barranquilla, Colombia.

Dicho esto se resalta, que el término CFR (Costo y Flete) implica que el vendedor contrata el buque, paga el flete y asume la carga de la mercancía hasta el puerto de destino, aunque transfiere los riesgos al comprador cuando la mercancía pasa la borda del buque, motivo por el cual es el comprador quien contrata el seguro hasta el puerto de destino, lo que se ve reflejado en las pólizas arimadas a la demanda. Es decir, que el precio de la mercancía incluye los gastos de despacho y de transporte, pero se encuentra in situ una exoneración de responsabilidad del vendedor, de suerte que no haya discusión respecto de la desvinculación del trámite de la sociedad ADM Americas, S. de R.L. en su condición de proveedor de la mercancía.

Así lo dispone también el artículo 1698 CCo, cuando expresa que la transferencia de dominio se entiende hecha por la entrega al comprador o a su agente, del recibo usual o del conocimiento de embarque limpio, pasando los riesgos al comprador desde el momento de su entrega a bordo.

Sin embargo, el INCOTERM acordado no define per se el tipo de contrato que se utilice para el transporte de la mercancía, limitándose a establecer los términos de su entrega, sin reglamentar la totalidad de las obligaciones previstas, que se pueden extender a contratos financieros, de transporte o de seguro.

Ello conduce a la Sala, inexorablemente, a estudiar los restantes documentos referentes al traslado de la mercancía, advirtiéndose que los conocimientos de embarque visibles a folios 70, 84, 86, 89, 91, 97, 101, 102, 108, 110, 122, 123, 124, 125, 126, 138, 139, 140, 141, fueron aportados por la parte demandante en idioma extranjero, lo que hace procedente dar aplicación del artículo 260 C.P.C. como norma vigente al momento de su aportación, que permitía la apreciación como prueba de aquel tipo documentos, siempre y cuando obraran en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez, de manera que resulte plausible afirmar que en principio no podían fungir como

elementos materiales probatorios.

No obstante se tiene como referencia de su contenido, la traducción hecha por interprete adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, la que fue traída por la parte demandada a folios 333 a 334 y 404 a 406 del cuaderno principal, que hace referencia en numerosas ocasiones a la regulación de un contrato de fletamento suscrito el 31 de marzo de 2011, de suerte que la Sala no pueda avalar la declaración realizada por el A quo en relación a la existencia de un contrato de transporte marítimo, pues no hay elementos que permitan realizar esa aseveración.

Al respecto rememórese que en la sentencia censurada, el A quo declaró la existencia del contrato de transporte, invocando en primera medida el artículo 981 C.Co, del que extrajo sus elementos tales como la obligación de transportar mercancías especificándose en cada caso la cantidad, descripción y estiba transportada, el lugar donde iniciaría el transporte y donde debería llegar la mercancía, y encajándolos en los conocimientos del embarque allegados con traducción por la parte demandada, para acto seguido, declarar su incumplimiento y condenar solidariamente a los demandados a la indemnización por los gastos de salvamento, es decir, derivando el salvamento del incumplimiento del contrato que encontró probado.

Empero olvidó la juzgadora de primera instancia, que los conocimientos de embarque y la información contenida en ellos, son comunes a ambos contratos, pues en el fletamento, el fletador está autorizado a solicitar al capitán la expedición y firma de conocimiento de embarque para acreditar el hecho de haber recibido las mercancías, lo que además resultaba imprescindible en el caso bajo examen, en tratándose de una venta en términos CFR en la que la transferencia de dominio, como viene de verse en párrafo anterior, se entiende perfeccionada con la entrega del recibo usual o el conocimiento de embarque limpio. Es decir, que el hecho de que se hubieren descrito las mercancías, y se hubieran mencionado los puertos de origen y destino, resultaba prueba del cumplimiento del vendedor dentro del contrato de compraventa, en los términos del INCOTERM convenido, que nó prueba del contrato de transporte, amén que daba al consignatario el derecho de reclamar las mercancías en el puerto de destino.

Además de ello, lo anterior encuentra sustento, valga resaltarse, entre otros, en el inciso segundo del artículo 5 de las Reglas de la Haya de 1924² y el artículo 2.3.³

² " Ninguna de las disposiciones de estas reglas se aplicarán a los contratos de fletamento, pero si se emiten conocimientos de embarque de un buque sujeto a un contrato de fletamento, quedarán sometidos a los las condiciones de estas reglas. Ninguna disposición de estas reglas se considerará que impide la inserción en un conocimiento de embarque de cualquier disposición lícita con respecto a gruesa."

³ "Artículo 2.3.: Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de fletamento. No obstante, cuando se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, las disposiciones del

de las Reglas de Hamburgo, reglamentarias de los conocimientos de embarque, que abordan la utilización de estos en los contratos de fletamento.

(...)

Este criterio auxiliar invocado, válido a voces del artículo 230 de la Carta Política en consonancia con el artículo 280 del Código General del Proceso, no solo sirve entonces de pauta para reafirmar que el conocimiento de embarque puede ser común a ambas relaciones jurídicas, sino que en este preciso caso, lejos de constituirse en prueba del contrato de transporte, tenía como función servir al vendedor de constancia de entrega de la mercancía en el contrato de fletamento, y otorgar al consignatario el derecho a recepcionarla una vez el buque granelero arribara al puerto de destino.

A ello se aúna que las normas del contrato de fletamento son supletivas al no existir mandato internacional o nacional de carácter imperativo que lo regule, como se desprende de la lectura del artículo 1.666 C.Co, que remite a las condiciones del contrato o la costumbre, evento que bien permitía la redacción del negocio según los formatos pre-elaborados por conferencias marítimas, o por asociaciones de fletadores, que delimitan la mercancía y los puertos involucrados.

Corolario así, que la descripción de las mercancías puestas a bordo por el vendedor, y la mención de los puertos de origen y destino, no permitían llegar a la conclusión de la juez A quo acerca de la existencia de contrato de transporte.

A contrario sensu, sí reposaban en el informativo elementos suficientes para aseverar la suscripción de un contrato de fletamento, como lo eran la remisión hecha en el conocimiento de embarque al contrato de fletamento de Norgrain de 1973 (North American Grain Charterparty 1973), que constituye una proforma de póliza de fletamento para transporte de granos que pertenece a la costumbre internacional y que hacía las veces de base normativa supletoria, así como el carácter determinable del flete conforme al negocio de fletamento suscrito el 31 de marzo de 2011, las condiciones de transporte insertas en el conocimiento de embarque que también lo mencionaban, y la usanza, también internacional, de transportar mercancía de tipo granel sólido a través del régimen de fletamento por viaje, en el que el cargador, elige el buque que mejor se adapte a su carga, ora directamente o ya a través del bróker marítimo.

Ahora, resáltese, que ante la duda del juzgado de origen respecto del tipo de negocio, habría constituido una prueba relevante, el oficio al vendedor, ADM Américas S. de R.L., con sede en la ciudad de Panamá y cuyos datos se

Convenio se aplicarán a ese conocimiento de embarque si éste regula la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento que no sea el fletador".

encontraban insertos en las facturas comerciales arrimadas, a efectos de obtener información sobre la real naturaleza del convenio, en su calidad de verdadero suscriptor del vínculo con efecto rebote sobre los demandantes, prueba cuyo decreto perdió el sentido en esta instancia, al haberse decantado de manera primigenia que los reembolsos exigidos tenían como vía la acción de avería gruesa, prescrita al momento de la presentación de la demanda.

Lo expuesto en antecedencia lleva entonces a la Sala a concluir, i) que la acción de avería gruesa resultaba la vía idónea para reclamar el recobro de los gastos de salvamento directamente relacionados con aquella, como quiera que se encontraban incluidos en esta conforme los preceptos internacionales aplicables y la norma interna, ii) que aquella acción se encontraba prescrita al momento de la presentación de la demanda, iii) que, el negocio jurídico de transporte, utilizado para reclamar los perjuicios por la vía de responsabilidad civil, no se encontró probado, determinándose la existencia del contrato de fletamento, cuyas acciones se encontraban prescritas empero de ninguno de los dos vínculos se podía desprender el reclamo de los gastos derivados del salvamento como consecuencia directa de la avería gruesa, a título de indemnización por incumplimiento."

DECISIÓN: REVOCA sentencia de primera instancia. Declara impróspera la reclamación de reembolso por los gastos de salvamento derivados de la avería gruesa declarada por el capitán de la Nave Chios Wind, a través de la vía de la responsabilidad civil contractual, y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

RADICACIÓN No. 08- 001- 31- 03- 006- 2016- 00078- 01/ **Número Interno:** 41.335

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO DE SEGURO- Póliza de salud que ampara riesgos inherentes al estado de salud excepto las de carácter congénito/ **EXCLUSIONES-** Delimitación de la cobertura de la póliza de seguro que permite a la Compañía con base en la autonomía de la voluntad asumir algunos riesgos y otros no

FECHA: Abril 26 de 2019

DEMANDANTE: T.B.G S.A., antes INVERSIONES TCHERASSI BARRERA & CIA S EN C., y ALFREDO ENRIQUE TCHERASSI BARRERA en representación del menor Enrique Tcherassi Heyke

DEMANDADO: Compañía De Seguros Bolívar S.A

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la posición asumida por la empresa aseguradora que no objetó el pago de la póliza con base en una exclusión por preexistencia, sino en una exclusión por enfermedad congénita al interior de un contrato de seguro médico celebrado por la familia del menor afectado con una patología de estas características.

Extractos:

“Sea lo primero indicar que se ha señalado como requisito ineludible para dotar de eficacia a cualquier póliza expedida en el marco de una relación asegurativa, el de individualizar los riesgos cuya cobertura se obligan en virtud de la misma, por lo que en dicha materia se reconoce plena autonomía al asegurador, a quien el artículo 1056 del Código de Comercio, le otorgó la posibilidad a las compañías de seguros de seleccionar los riesgos de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad y, en esa medida, decidir de manera autónoma asumirlos si legal, técnica y económicamente resulta una operación factible o, por el contrario, abstenerse de hacerlo, pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales, *«todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado»*.

En virtud de lo anterior, es claro que a efectos de identificar el alcance de la protección otorgada por la compañía Seguros Bolívar S.A., la jueza necesariamente debía acudir a las cláusulas de la póliza World Medica Bolívar No. 1510-5562287-01, que definan lo atinente a los riesgos amparados u objeto del aseguramiento además de las exclusiones y límites pecuniarios y temporales pactados.

Así las cosas la condición segunda de las condiciones generales de la póliza World Medica Bolívar No. 1510-5562287-01 expedida por la Compañía Seguros Bolívar S.A., vigente entre el 26 de Marzo del 2003 hasta el 26 de Marzo del 2004 (fls.91-92 cuad.1), fecha desde la cual se siguió renovando en los términos pactados en la condición décimo sexta de las Condiciones Generales de la póliza hasta el 26 de Marzo de 2016 (fls. 172 – 173 cuad.1), describieron que la obligación asumida por la aseguradora estaba sujeta a los términos, exclusiones, limitaciones y condiciones, previstas en el contrato y en los demás documentos y anexos que la conforman, señalando para el caso en el numeral 4º de la condición segunda de la póliza de seguros World Medica Bolívar No. 1510-5562287-01 como exclusión de la misma, los gastos ocasionados como consecuencia de: “(...) 4. *Enfermedades, anomalías, o malformaciones congénitas. Para los bebés que nazcan de un embarazo cubierto por esta póliza y cuya inclusión en la misma se haya realizado dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su nacimiento, se excluye todo tratamiento y gastos ocasionados por las atenciones de enfermedades congénitas a partir de la fecha en que presente cualquiera de estas dos circunstancias; que el bebé asegurado*

cumpla los tres (3) años de vida o que se agote el valor de la cobertura, lo que ocurra primero."

Ahora bien, fueron alegadas por las recurrentes la falta de reconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional y el efecto interpartes extendido de las mismas señalados en diversas sentencias de tutelas unificadas; no obstante, resulta importante para esta Sala recordar que las sentencias de la H. Corte Constitucional no tienen aplicabilidad dentro del proceso de maras, pues ellas solo tiene como en efecto fue señalado por la Jueza a-quo, efecto *inter partes* en sede de tutela, y con el objeto de amparar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados de quien invoca la protección constitucional, aunado a que las únicas sentencias con efecto *erga omnes* de esa Honorable Corte, son las sentencias constitucionales, que como se ha expuesto, no son aquellas a las que hacen referencia las recurrentes y de las que echan de menos la aplicabilidad en esta sede ordinaria, a la que solo le es aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las normas procesales contenidas en el Código de Comercio y las disposiciones contractuales que regulan el contrato de seguros.

Precisado lo anterior, resulta acertado para la Sala la conclusión que del caso se arribaron en la sentencia recurrida, esto es, que la Compañía de Seguros Bolívar S.A., no objetó la reclamación realizada por el señor Alfredo Tcherassi Barrera en representación de su menor hijo Enrique Tcherassi Hyuke, porque se tratase de una enfermedad preexistente, sino porque se constituía la enfermedad del Síndrome de Marfán como una enfermedad congénita y por ello una exclusión puntual en el contrato de seguros suscrito entre las partes.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC4574 del 21 de Abril del 2015, proceso con radicación No. 11001-31-03-023-2007-00600-02, en ponencia del doctor Fernando Girando Gutiérrez, expuso que *" La cláusula de exclusión en un seguro de vida es la manifestación de la facultad con que cuenta el asegurador de asumir, a su arbitrio, pero con las restricciones de ley, todos o algunos de los riesgos a que esté expuesta la persona amparada, conforme lo autorizan los artículos 1056 y 1077 del Código de Comercio. En otros términos, mediante la misma se limita negativamente el «riesgo asegurado», al dejar por fuera de cobertura algunas situaciones que podrían estar allí comprendidas y que, por ende, de acontecer no son indemnizables."*

De lo anterior se concluye que una exclusión es una delimitación de la cobertura de la póliza de seguro; que permite a la Compañía de Seguro con base en la autonomía de la voluntad, delimitar que riesgos asume y cuales no, por lo que en ese sentido en la condición 2º numeral 4 de la póliza de salud World Medica Bolívar No. 1510-5562287-01 puntualmente se dispuso excluir de cobertura todos los gastos ocasionados a raíz de las enfermedades congénitas, y teniendo cuenta que fue ratificado en el proceso a través de las diferentes pruebas y testimonios rendidos

por testigos incluso de la parte demandante, que el síndrome de Marfán que padece el menor Enrique Tcherassi Heyke es una alteración genética del cromosoma 15 del tejido conjuntivo, en el que se pueden presentar manifestaciones de dolores musculoesqueléticos como la escoliosis que padece el menor y que tal síndrome es originario de tal padecimiento por el cual fue intervenido quirúrgicamente."

DECISIÓN: Confirma sentencia venida en alzada.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ

Radicación: 08-001-31-05-013-2016-00395-01 / **Número Interno:** 62.041-A.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CÁLCULO ACTUARIAL POR PERIODOS NO COTIZADOS- En estos eventos resulta obligado el empleador a cancelar el respectivo título pensional/**OBLIGACIONES PATRONALES-** Lo constituye el reporte de las afiliaciones y novedades de retiro de sus trabajadores al sistema de seguridad social/ Deber de acreditar el cumplimiento de sus deberes como empleador

FECHA: Marzo 1 de 2019

DEMANDANTE: Javier Enrique De Los Reyes Gutierrez

DEMANDADO: Colpensiones E Industrias Litograficas Boston S.A.S.

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, resulta ser objeto de la alzada si le corresponde pagar al empleador el cálculo actuarial ordenado por el A-quo, durante los periodos que no le aparece afiliación y aportes al trabajador demandante.

Extractos:

"Como la controversia radica sobre el reclamo de unos periodos que sostuvo el demandante laboró al servicio de su empleador Industrias Litográficas Boston S.A.S. y que no fueron cotizados al Sistema Pensional desde la fecha de iniciación de sus labores, con miras a que se le reconozca su pensión de vejez a cargo de Colpensiones, debemos partir por indicar que conforme lo viene enfatizado recientemente la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación al sistema de pensiones por el empleador, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e

imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que sí deben registrarse por las normas vigentes al tiempo de la omisión, como lo ha sostenido entre otras en las sentencias SL, de 27 Enero de 2009, Rad. 32179, reiterada en la de 20 marzo de 2013, rad. 42398 y SL16715-2014.

En el presente caso se encuentra demostrado con las documentales aportadas al expediente que: i) El demandante nació el 9 de diciembre de 1954, conforme consta en su registro civil de nacimiento⁴; ii) Que le aparecen cotizaciones en Colpensiones de manera interrumpida, desde 16 de Abril de 1973 hasta el 30 de abril de 1998, en un total de 975,63 semanas; iii) Que laboró al servicio de Industrias Litográficas Boston S.A.S. durante dos periodos así: Del 21 de Mayo de 1985 al 21 de Mayo de 1989 y, del 21 de Julio de 1989 al 15 de mayo de 1998, conforme consta en el certificado laboral, las minutas de contratos de trabajo, las cartas de renuncia y de despido, las liquidaciones de contratos de trabajos visibles a folios 17, 20, 85 a 92, y; iv) Que solicitó el 9 de Diciembre de 2015, su pensión de vejez a Colpensiones, siéndole negada a pesar de reconocer que era beneficiario del régimen de transición hasta el 31 de Diciembre de 2014, al no contar con el número de semanas exigido en el Decreto 758/90⁵.

De lo anterior se deriva que el eventual derecho del demandante se habría consolidado ya en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, tal normatividad con sus modificaciones, resultan plenamente aplicable para definir la controversia relacionada con la falta de afiliación en algunos periodos laborados y que no le aparecen cotizados y reportados al sistema de pensiones.

Nótese entonces como el art.22 de la Ley 100 de 1993, impone como obligación a cargo del empleador el pago de las cotizaciones de los trabajadores a su servicio y trasladarla a la entidad elegida por el trabajador y, que responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

A su vez el art.33 ibidem, contempla que para el computo de las semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, se tendrá en cuenta, entre otros, *"d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador."*, en cuyo caso, el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional."

Por su parte, su Decreto reglamentario 1748 de 1995, art.57, modificado por el inciso 6° del art.17 del Decreto 3798 de 2003, estableció que: **"En el caso en que,**

⁴ Ver folio 14 y así también lo reconoce Colpensiones en Res.GNR 23005 22 ENERO 2016.

⁵ Ver folios 28 a 29, 38 a 40 y 42 a 44, Resoluciones expedidas por Colpensiones.

por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994.”

(...)

De conformidad con los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales, debe concluirse que le asistió razón al A-quo al disponer el pago del cálculo actuarial correspondiente a los periodos laborados y dejados de cotizar a Colpensiones ante la omisión del empleador de afiliarlo desde el inicio de la relación laboral atendiendo que según certificación expedida por su empleador visible a folio 17, inició labores el 21 de mayo de 1985 hasta 21 de mayo de 1989 y en un segundo periodo, del 21 de Julio de 1989 al 15 de mayo de 1998, mientras que en su historia laboral actualizada al 26 de Julio de 2017, aparece con novedad de ingreso bajo el patronal Ind. Litograficas Boston a partir del 19 de Julio de 1985 hasta 29 de marzo de 1988 con novedad de retiro, luego un ingreso del 25 de Nov/1988 y de retiro el 21 Dic/1989, para posteriormente, otro ingreso desde el 3 de Abril de 1991 y de retiro el 30 de abril de 1998, por lo tanto, confrontado con los datos insertos en ambas documentales, refulge que se le dejó de reportar y cotizar durante su primera vinculación: **el tiempo laborado del 21 de mayo a 18 de julio de 1985 y del 30 marzo de 1988 al 21 de mayo de 1989;** igual acontece con el segundo periodo laborado, donde se omitieron las cotizaciones desde el **22 dic de 1989 al 2 de Abril de 1991**, aun cuando continuaba laborando a su servicio, tiempo que estará representado en un título pensional, que a su vez deben ser tenidos en cuenta por Colpensiones para definir el derecho pensional del demandante como atinadamente lo dispuso el Juez de primer grado, puesto que con tal ordenación se satisface la obligación del empleador derivada de la falta de afiliación del aquí demandante durante los periodos indicados en la sentencia de primera instancia y que no fueron oportunamente cotizados para pensiones.

Tampoco resulta de recibo el argumento ahora expuesto por la apelante que no existen pruebas en el proceso que demuestren que Industrias Litográficas Boston S.A.S. haya hecho afiliaciones o retiros como se trata de deducir de la historia laboral presentada por Colpensiones, en razón de que siendo una obligación del empleador reportar tanto las afiliaciones como las novedades de retiro de sus trabajadores al sistema de pensiones al tenor de lo establecido en la ley 100 de 1993, le correspondía la carga de acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones ó a la sumo, desvirtuar las que se registran en la historia

laboral del demandante con la respectiva aportación de los documentos que debe tener en su poder, brillando por su ausencia el formato de afiliación al ISS que hiciera ante el inicio de la vinculación laboral del actor a partir del 21 de mayo de 1985, como el aporte de los comprobantes de pago bajo el sistema tradicional de facturación que regía antes del año de 1995, durante los ciclos en el que aparecen registrado su retiro o desafiliado a pesar de continuar el vínculo laboral, máxime cuando de las respuestas dada por Colpensiones al representante legal de la demandada con ocasión del derecho de petición que le formulara el 29 de febrero de 2016 y que acompañó a su contestación de demanda, se le viene solicitando por la entidad de seguridad social la aportación de tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos y soporte de afiliación, entre otras, para proceder a su corrección⁶.

Menos aún pretextar que como Colpensiones omitió alegar la falta de afiliación del trabajador, esta circunstancia le impidió proponer las excepciones del caso, por la potísima razón que en el presente caso Colpensiones no está formulando ninguna pretensión, sino que también integra la parte pasiva del proceso.

En relación al reproche que se hace a las costas impuestas en primera instancia, observa la Sala que al resultar vencida la demandada Industrias Litográficas Boston S.A.S., le corresponde en efecto asumir las costas del proceso con arreglo al artículo 365 del C.G.P., antes 393 del C.P.C.

Con base entonces, en el imperativo legal antes indicado y teniendo en cuenta que durante el desarrollo del proceso las partes deben realizar una serie de gastos legales que constituyen las expensas judiciales que en principio corren por cuenta de cada interesado, éstas al final serán a cargo de quien pierda el juicio, a quien le corresponde asumir las expensas causadas, entre las que se hallan las agencias en derecho, por lo que considera la Sala que la condena impuesta por el A-quo en tal sentido se ajusta a derecho, la que implica para la parte que pierde, la obligación de reintegrar a la contraparte todas las sumas que ésta tuvo que erogar durante el desarrollo de la litis."

DECISIÓN: Confirma la sentencia venida en alzada.

M.S: Dr. CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Radicación: 08-001-31-05-012-2016-00025-01 / Número interno: 59.143

⁶ Ver respuesta a folios 96 y 97.



TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO REALIDAD- No se demostraron los elementos temporales que demuestran la existencia de la relación laboral/**EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA-** El cumplimiento de las obligaciones legales como el correcto diligenciamiento de la historia clínica no puede tenerse como manifestación de subordinación del profesional de la salud

FECHA: Abril 9 de 2019

DEMANDANTE: Jhohanna Patricia Mejía Hernandez

DEMANDADO: Clinica Atenas Ltda. Ips

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la demandante estima que el contrato de prestación de servicios mediante el cual esta vinculada con la demanda encubre la realidad de una verdadera relación de trabajo, como quiera que está incluida en un cuadro de turnos, recibe ordenes y se considera subordinada a los jefes y coordinadores médicos de dicha institución de salud.

Extractos:

“El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 23 establece que para que exista un contrato laboral deben concurrir los tres (3) elementos esenciales a saber: la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración como contraprestación por el servicio prestado y una vez reunidos *“no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”*, precepto que desarrolla el principio de la realidad sobre las formas, también consagrado en el art. 53 constitucional.

Así mismo, el artículo 24 ibídem establece: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*, y sobre esta presunción quien la alegue en su favor debe demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que a la contraparte es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación.

En esa línea, el empleador es el encargado de acreditar la inexistencia de la subordinación especial, esto es, la no dependencia continuada del trabajador a las órdenes o disposición del empleador, con lo que se desvirtúa la existencia del contrato de trabajo, haciendo inaplicable, por esa vía y para el conflicto específico, las reglas y principios propios de la legislación del trabajo.

Dicho lo anterior procede la Sala a valorar las pruebas para determinar si quedó desvirtuada la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., teniendo en

cuenta que no se presentó inconformidad en la apelación en cuanto a la prestación del servicio y los extremos temporales.

Cuando se trata de profesionales médicos en controversia con una entidad prestadora de servicios de salud, estos se encuentran sometidos a las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan y reglamentan. Ello, porque el subsistema de salud se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los cuales deben someterse todos los actores del sistema, incluidos los profesionales de la salud, por lo que resulta necesario que los médicos tengan ciertas responsabilidades legales, cuyo cumplimiento está lejos de considerarse una muestra de subordinación, por lo que debe examinarse en cada caso concreto si las funciones que debe desempeñar el trabajador, son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, son las propias del contrato de trabajo.

Por lo tanto, se procede a examinar los testimonios recepcionados en la primera instancia.

(...)

La señora Ana Lucía Pertuz manifestó que es médico cirujano, actualmente labora en la Clínica Atenas como directora médica y auditora médica; conoce a la demandante por haber prestado sus servicios en UCI, tenía un contrato de prestación de servicios el cual estaba pactado de acuerdo a una asignación de turnos, ella ofertaba una disponibilidad y con base a eso se organizaba de acuerdo con las disponibilidades de los otros profesionales un cuadro de turnos para suplir algunas necesidades de la unidad; agregó que hay un médico coordinador de la unidad que se encarga de recopilar las disponibilidades que ofertan los prestadores de servicio, al igual que la doctora Johanna hay otros profesionales de igual condición, médicos cirujanos con un entrenamiento especial, ellos deben tener un diplomado en UCI y experiencia certificada para poder prestar sus servicios profesionales allí, a finales de cada mes ellos ofertan la disponibilidad que pueden tener porque se entiende que ellos tienen compromisos laborales con otras entidades, ellos pasan esa oferta y con base en esa oferta el médico coordinador de la unidad establece un cuadro de turnos; ofertaba sus disponibilidades vía telefónica o vía Whatsapp y con base a eso el coordinador de la unidad organizaba un horario, el cual se publicaba mensualmente y estaba sujeto a cambios; que todos los profesionales contratados por prestación de servicios, previo aviso, pueden hacer cambios de los turnos que ellos mismos han seleccionado, incluso con el caso puntual de la doctora Johanna ella realizaba con alguna frecuencia cambios y conversaba directamente con los otros médicos que prestaban servicios profesionales en la unidad y se realizaban los cambios sin mayor inconveniente; no recibían sanción o llamado de atención, como todo médico profesional, con base a su ética

profesional debe ser responsable con los turnos que ella misma ofertaba y básicamente si ella lograba informarlo y confirmarlo, nunca hubo ningún problema; que el diligenciamiento de historias clínicas y el diligenciamiento del certificado de defunción es una es una obligación legal del médico; para contratar a los médicos éstos llevan la hoja de vida, pasan un proceso de selección con el director médico, una entrevista, se revisa su hoja de vida, se verifica que cumplan con la idoneidad para ejercer el cargo, se les pregunta sobre la disponibilidad, qué disponibilidad nos ofertan y si hay la necesidad, se contrata; señala la testigo que en algunas pocas oportunidades, se reúnen para dar algunos lineamientos, ponerse de acuerdo con algunas actividades que vayan a desempeñar, pero no es algo rutinario y pues, tampoco es obligatoria la asistencia para todo el personal; los médicos que están con vinculación laboral actualmente, son médicos que prestan sus servicios todo el día, ellos cumplen un horario de trabajo, no tienen opción de escoger disponibilidad de turnos, simplemente a ellos se les asigna un cumplimiento de horarios, unas funciones establecidas, digamos que básicamente eso, y son médicos generales, ellos tienen funciones adicionales, se encargan también de coordinar a los prestadores de servicios, se encargan de coordinar otros temas con los jefes de área, realmente la función es diferente, va más allá de la simple prestación de servicio profesional como médico

El señor Francisco Ayola declaró que es médico especialista en medicina interna, crítica y cuidado intensivo, conoce a la demandante desde el año 2014 en la Clínica Atenas, cuando comenzó a sustituir al médico coordinador de cuidados intensivos, donde ésta se encontraba desempeñándose; indicó que los horarios establecían de acuerdo a las disponibilidades, eso se llevaba a un horario; se le preguntó si los médicos de UCI pueden modificar o ajustar el tiempo de sus servicios a su libre autonomía, a lo que contestó afirmativamente, y que sí recuerda que la actora lo haya hecho; que la actora prestaba servicios en la Clínica la Policía; se le preguntó cómo se lo manifestó ella, sobre lo que dijo *“conversábamos al respecto y además recibíamos en ese entonces, remisiones provenientes de la Clínica de la Policía en nuestra UCI en la Clínica Atenas”*; por último indicó que el diligenciamiento de historias clínicas y los certificados de defunción corresponden a una función legal del médico.

De otro lado, se tiene que la demandante rindió interrogatorio de parte en el cual aceptó que mientras mantenía contrato de prestación de servicios con la Clínica Atenas, también tenía contrato de prestación de servicios con la Clínica la Misericordia y con la Policía Nacional; se le preguntó si los horarios de servicios prestados en la UCI de Clínica Atenas permitían ser ajustados a su disponibilidad de tiempo o cruce con otras actividades profesionales o de servicios con otras instituciones de salud, contestando afirmativamente.

Adicionalmente, se tiene a folio 198 a 200 contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes en contienda, en cuya cláusula PRIMERA numeral 1 se indicó: *"EL PROFESIONAL ha convenido en su condición de Médico General atender los pacientes que reciba EL CONTRATANTE para la Unidad de Cuidados Intensivos y realizar las intervenciones médicas que sean necesarias mediante los turnos que la clínica previamente señale"*; seguidamente, en el párrafo dice: *"Queda expresamente convenido que en el caso de que por cualquier circunstancias EL PROFESIONAL titular de este Contrato se sienta imposibilitado para prestar el servicio solicitado, podrá delegar este servicio en otro profesional de la misma especialidad, comunicando oportunamente y por escrito a EL CONTRATANTE la designación del profesional que deba reemplazarlo en este evento."*

El artículo 61 del CPTSS concede a los jueces de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, y de esta forma llegar a un convencimiento acerca de los hechos objetos de controversia con base en aquellas que los persuaden mejor sobre el cual es la realidad del asunto. Lo anterior sin dejar de lado los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo la circunstancias relevantes del litigio y la evolución de las conductas de la partes durante su desarrollo.

De las pruebas referidas, emerge de manera diáfana que la actora prestaba sus servicios personales a la Clínica Atenas y a otras instituciones de salud al mismo tiempo, y que lo hacía mediante la asignación de turnos organizados mensualmente por parte del Coordinador Médico; sin embargo, éstos turnos eran realizados de acuerdo a la disponibilidad de la trabajadora que previamente ofertaba; podía cambiarlos con otro profesional de la medicina, y en caso de requerirlo, ajustarlos, tal como lo aceptó en su interrogatorio de parte. Lo anterior tiene concordancia con lo pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales, en donde se indica que la titular del contrato puede delegar el servicio en otro profesional de la misma especialidad para que la reemplace.

De acuerdo con lo anterior, si bien la asignación de turnos es un indicio de la existencia de contrato de trabajo, se logra demostrar que la demandante podía ajustar los turnos según su disponibilidad, y delegar a otro médico para cumplir sus turnos cuando así lo necesitaba, teniendo en cuenta que prestaba sus servicios en diferentes instituciones simultáneamente pero en turnos diferentes; en contraste de estos hechos, no se allegó ningún memorando en el cual se le llamara la atención a la actora o se le sancionara por incumplir con los turnos asignados, y a pesar de que la testigo Liliana Granados dijo que a la actora le hacían llamados de atención verbalmente, dijo que eso era lo que tenía entendido, por lo que su testimonio no ofrece certeza al respecto. La testigo Jenifer Sosa, por su parte, indicó que prestaba un servicio totalmente diferente por estar en cirugía, y la demandante en UCI, además, que por ser jefe no

participaba en la selección de turnos, de lo que se deriva que no podía conocer sobre la organización de los turnos de la demandante.

A folio 23 obra comunicado interno dirigido al Dr. Francisco Ayola, Coordinador Médico de UCI, de fecha 15 de diciembre de 2014, en el que se manifiesta: *“Me permito recordarles nuevamente que todos los pacientes que ingresen a la unidad de cuidados intensivos, deben diligenciar la apertura de las historias clínicas completamente, hemos observado que como el caso de las siguientes historias clínicas que no tiene apertura de ingreso a cargo de los siguientes médicos: (...), Historia Clínica No. 826324 del paciente José Samuel Camacho Arellano, Dra. Johanna Mejía...”*. Al respecto, es oportuno recordar que el diligenciamiento de las historias clínicas es una obligación legal del prestador del servicio de salud, por lo tanto, el comunicado interno referido no constituye en una muestra de subordinación, el cual además, no está dirigido a la actora.

(...)

Así las cosas, para la Sala se desvirtúa presunción que beneficia a la parte actora, en la medida que, del acervo probatorio allegado a los autos emerge que la actora tenía plena autonomía para ajustar sus horarios, lo cual denota una autonomía e independencia al momento de prestar sus servicios personales, lo cual es una característica ajena a un contrato de trabajo. “

NOTA DE RELATORÍA: Esta decisión tiene SALVAMENTO DE VOTO del Dr. OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR, quien se expresó en los siguientes términos:

“La Sala, en forma mayoritaria, sostuvo que, en este caso, no existió contrato de trabajo entre las partes. El suscrito es del criterio que la demandada, quien tenía la carga de desvirtuar la subordinación no logró ese cometido.

La decisión parte por tener probada la relación de trabajo y que, por ende, debe la demandada desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T., para exonerarse del pago de los derechos demandados, por inexistencia del contrato de trabajo. Para ello, valoró los testimonios de los señores ANA LUCIA PERTUZ y FRANCISCO AYOLA, este último dijo haber sustituido al médico coordinador de cuidados intensivos, a quien se le preguntó “...si los médicos de U.C.I. pueden modificar o ajustar el tiempo de sus servicios a su libre autonomía, a lo que contestó afirmativamente...”, dicha pregunta contestada afirmativamente, respuesta que no es admisible como tal a la luz de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 221 del C.G.P., según el cual “No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella”. Lo que indica que la Sala debía restarle valor probatorio a dicha declaración.

(...)

De otro lado, no se observa en la actuación prueba documental alguna que demuestre algún cambio de turno de la demandante o la remisión de algún médico con formación en cuidados intensivos para reemplazarla en algún turno y que permita demostrar que efectivamente el contrato de prestación de servicios se ejecutó como aparece consignado por escrito, es decir, desvirtuar la presunción de estar esa relación de trabajo regulada por un contrato de trabajo

DECISIÓN: Revoca sentencia venida en alzada. Sin costas en esta instancia.

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ

Radicación: 08-001-31-05-015-2014-00331-00/ Número interno: 56.742

TIPO DE PROVIDENCIA: Grado jurisdiccional de consulta

TEMAS: CONVENCIÓN COLECTIVA ELECTRICARIBE- Reajuste Pensional: No puede interpretarse que dentro dentro de los beneficios establecidos en la clausula convencional quedó incluido éste/ **APLICACIÓN DE LA LEY 4 DE 1976-** El sistema de ajuste pensional que dispuso no hace parte de las condiciones laborales de los trabajadores activos de la empresa que con igual rasero puedan extenderse a los pensionados/ **No puede interpretarse fuera del contexto histórico y económico en que la ley fue expedida**

FECHA: Abril 10 de 2019

DEMANDANTE: Rosario Molinares Sierra

DEMANDADO: ELECTRICARIBE S.A. E. S. P

Causa fáctica:

En el presente caso, se estudia si la demandante tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación contemplado en la ley 4ta de 1976, en un 15%, de conformidad con el art 106, No. 1º, parágrafo 3ro de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999. En caso afirmativo estudiar las súplicas solicitadas en forma accesoria.

Extractos:

“En esencia el planteamiento del problema tiene como referencia la aplicación de una cláusula convencional vigente entre la demandada y el colectivo de trabajadores (art. 106, parágrafo 3º de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, fls. 41-110), conforme a la cual la empresa seguiría concediendo a todos sus pensionados los beneficios de la ley 4ª de 1976 sin consideración a su vigencia, dentro del cual se ha entendido incluido el que se consagra en el parágrafo 3º

del artículo 1º, conforme al cual **“en ningún caso el reajuste de que trata este Artículo será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto.”**

En esta audiencia, igual que lo alegado en el proceso, la parte demandada aduce dos cosas: i) que la demandante devenga más de 5 SMLV y ii) No se puede aplicar los beneficios establecidos en las normas convencionales por efectos del acto legislativo 01 de 2005.

Respecto del tema del acto legislativo, es pertinente aclarar, que dicha interpretación aplica siempre y cuando no se trate de derechos adquiridos, y así lo deja a salvo la reforma constitucional.

El problema es establecer si el reajuste se deriva del texto convencional que se cita como fundamento del mismo, es decir, establecer si ese reajuste está dentro de ese beneficio convencional o si la ley 4º del 1976 lo estableció a favor de los pensionados.

Sin embargo, cumple advertir, en el sub judice, que el citado reajuste no hace parte de los beneficios que la citada ley quiso extender a favor de los pensionados, pues la finalidad del legislador al establecerlos no fue otra diferente que otorgar a éstos (pensionados) las mismas prerrogativas y derechos que los empleadores disponían en favor de sus trabajadores activos. En ese sentido apuntan los artículos 7º y 9º de la citada ley 4º de 1976 que dispuso:

Artículo 7º.- Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.
(Subrayado nuestro).

Artículo 9º.- A partir de la vigencia de la presente Ley las empresas o patronos otorgarán becas o auxilios para estudios secundarios, técnicos o universitarios, a los hijos de su personal pensionado en las mismas condiciones que las otorgan o establezcan para los hijos de los trabajadores en actividad. (Subrayado nuestro)

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, la cláusula convencional que dispuso otorgar a los pensionados estos mismos beneficios sin consideración a la vigencia de esa ley, no pueden interpretarse en el sentido de entender que dentro de aquellos quedó incluido el reajuste pensional, es decir, el reajuste que dispuso su artículo 1o. Las razones para ello son muchas:

En primer lugar, el sistema de ajuste pensional que dispuso la ley en cuestión, no hace parte de las condiciones laborales de los trabajadores activos de la empresa que con igual rasero puedan extenderse a los pensionados.

En segundo lugar, ese mecanismo de reajuste pensional antes que generar un beneficio para los pensionados lo que vino a constituir fue un verdadero descrédito para el poder adquisitivo de las pensiones si se tienen en cuenta los indicadores económicos de la época en materia inflacionaria y de comportamiento de la economía en general.

Así aparece explicado claramente en la exposición de motivos del proyecto presentado por el gobierno nacional al congreso a través del ministro del trabajo de entonces, doctor, Martín Caicedo, que constituye el antecedente de la ley 71 de 1988 que en buena hora lo sustituyó y que en los apartes pertinentes expresó:

“El proyecto de ley que el Gobierno presenta a consideración del H. Congreso de la República, por el cual se expiden normas sobre pensiones, obedece a la necesidad sentida e inaplazable de introducir modificaciones en esta materia, a la legislación vigente.

En relación con los reajustes pensionales es indispensable destacar:

A partir de la expedición de la ley 4a de 1.976 se han venido reajustando las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público y privado, con la fórmula que el artículo 1o de la misma ley establece.

No obstante tales reajustes, las pensiones han disminuido en relación con su inicial poder adquisitivo.

(...)

Tomando como base para 1980 un salario que consideramos representativo de 10.000 pesos mensuales al aplicarle, los reajustes de salarios decretados por el Gobierno para los servidores públicos anualmente, obtenemos un nuevo salario de \$37.847.00 para 1987.

En la misma forma tomamos \$7.500, o sea el 75% de ese salario de \$10.000 en 1980 que corresponde al valor de la pensión que genera ese salario en esa fecha y le aplicamos los reajustes ordenados por la Ley 4 de 1976, a partir de 1982, por cuanto solamente el primero de enero siguiente a la fecha de haberse retirado del cargo se obtiene el derecho a recibir el primer reajuste de la pensión. Al aplicar los reajustes a la pensión reajustada para 1987 de \$22.850.19 que representa solamente el 60.4% del salario reajustado a la misma fecha.

El texto que se propone, se explica a continuación...”

En tercer lugar, por razón de lo anterior, el sistema de reajuste de pensión establecido en la ley 4ª de 1976, no puede interpretarse fuera del contexto histórico y económico en que la ley fue expedida. De este modo, el piso del 15% que se estableció por el parágrafo 3º tuvo la loable finalidad de atenuar en parte los efectos de una inflación considerable. Es diciente el hecho que según las cifras del DANE el promedio de inflación anual entre los años 1976 y 1987 fue del 20%. Igualmente, también es revelador que durante la vigencia de la citada ley todos los reajustes estuvieron por encima del 15% señalado como tope mínimo pero por debajo de la inflación real. Dicho de otro modo, en términos nominales ese 15% de reajuste anual puede significar hoy un aumento considerable de la pensión, pero en la época en que estuvo rigiendo la ley fue totalmente inofensivo para ese mismo efecto. A tal punto lo anterior es cierto, que para compensar los efectos que sobre el valor adquisitivo de las pensiones representó la ley 4ª de 1976 y aun la ley que la sucedió, es decir; la ley 71 de 1988, fueron necesarias dos leyes: la ley 6ª de 1992 – declarada inexecutable por la Corte, pero sin ningún efecto práctico – y la ley 45 de 1998.

Por otra parte, éstas, que consideró debilidades del sistema de reajuste pensional que rigió en Colombia entre los años 1976 y 1994, fue lo que obligó al constituyente de 1991 a consagrar en el artículo 53, inciso 3º la garantía de pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones con el fin de mantener su poder adquisitivo. En tal virtud, la obligación estatal es la de garantizar, antes que un determinado reajuste, el mantenimiento del poder adquisitivo de aquellas. No es por otra cosa que los reajustes de pensión consagrados en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, así como la fórmula que el artículo 21 consagró para obtener el ingreso de base de liquidación de tales prestaciones, responden a la finalidad constitucional aludida. En este orden de ideas, es indiscutible que el mecanismo de reajuste pensional consagrado en ésta, constituyó un avance definitivo en la dirección anotada, por lo que forzoso resulta concluir que en términos de favorabilidad son más ventajosos que los consagrados en las leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988, obviamente miradas dentro del contexto histórico y económico dentro del cual se proyectó la vigencia de cada una de ellas.

En cuarto lugar, ninguna cláusula contractual puede interpretarse por fuera de la verdadera intención de las partes. En tal virtud, no es posible concluir que la intención de la partes de la negociación hubiese sido la de establecer un reajuste mínimo anual con carácter intemporal. Menos aún si como está visto, tales reajustes fueron producto de las circunstancias económicas del momento.

Se concluye de lo dicho, primero, que los reajustes de pensión consagrados en la ley 4ª de 1976 no hacen parte de los beneficios que la convención extendió a los pensionados de la empresa demandada sin consideración a su vigencia, pues solo pueden considerarse tales los consagrados en los artículos 7º y 9º de la citada célula legal a favor del personal activo, los que desde luego no incluyen lo concerniente al reajuste pensional; segundo, que los reajustes pensionales de las leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988 no pueden analizarse ni aplicarse con abstracción del contexto histórico y económico dentro del cual se proyectó la vigencia de cada una éstas, toda vez que por su propia naturaleza dependen de variables económicas de alguna manera inciertas; tercero, que el sistema de reajuste de la ley 4ª de 1976 no representó realmente ningún "plus" para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sino por lo contrario un progresivo y sistemático proceso de devaluación de éstas; cuarto, que ninguna cláusula convencional puede interpretarse al margen de la intencionalidad de las partes y en ese sentido no resulta plausible concebir que tuvieron como propósito convenir un reajuste anual fijo e intemporal, sin ninguna consideración del comportamiento de la economía y los indicadores económicos. En consecuencia, no había lugar a su aplicación meramente nominal en la forma como se invoca en la demanda.

Finalmente, no está demás advertir que un reajuste pensional en la cuantía del 15% seguramente será mayor al que se aplica para los reajustes de salario a todo el personal activo, siendo que respecto de la pensión el deber del Estado es el de mantener su poder adquisitivo, lo que conduce a entender que por cuenta de esta interpretación resulte mayor el reajuste pensional que salarial."

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene **ACLARACIÓN DE VOTO de la Dra. Katia Villalba Ordosgoitia y SALVAMENTO DE VOTO de la Dra. Nora Mendez Álvarez.** A continuación los principales argumentos esgrimidos:

- De la Aclaración (Dra. Villalba):

"Sobre el tema he manifestado en reiteradas ocasiones mi discrepancia respecto a la opinión expresada por el Ponente, al alcance dado a la clausula convencional pactada, pues considero que, los reajustes de pensión consagrados en la Ley 4 de 1976 hacen parte de los beneficios que la convención extendió a los pensionados de la empresa demandada, por ser beneficiarios de la convención colectiva suscrita entre la ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. sustituida patronalmente por ELECTRICARIBE S.A.

E.S.P. y SINTRAELECOL, para los años 1998-1999, en las que se pactó dicho sistema sin consideración a la vigencia de la aludida norma.

No obstante, al efectuar las operaciones matemáticas, no hay lugar al reajuste de la pensión de jubilación (...), por cuanto, la mesada pensional devengada por el actor, siempre ha sido superior a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo cual le es aplicable el reajuste del IPC.

Por lo anterior, pese a serle aplicable la aludida norma, no había lugar a la reliquidación deprecada, y por lo tanto, debía confirmarse la absolución proferida en primera instancia, pero por estos motivos."

- Del Salvamento (Dra. Mendez):

"Acudiendo a lo ordenado en el artículo primero de la Ley 4° de 1976, encontramos, "Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año," y en el Parágrafo 3° del mismo que, "En ningún caso el reajuste de que trata este Artículo será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto."

A su vez, en el Parágrafo 3° del artículo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo, mediante el cual se acordaron las excepciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación se dispuso: **"Todos los trabajadores que se encuentren pensionados por la ELECTRIFICADORA DEL ATLÁNTICO S.A. E.S.P., o que se pensionen en el futuro se les seguirán reconociendo todos los derechos contemplados en la Ley 4° de 1976 sin consideración a su vigencia."**

Al hacer la lectura de la norma convencional, para la suscrita no existe otro entendimiento distinto a que el reajuste demandado se encuentra incluido, cuando se dice textualmente que se les seguirán reconociendo todos los derechos contemplados en la Ley 4° de 1976, pues otra categoría se le podría dar al reajuste que no sea el de un derecho.

Por otro lado, la demandante llena los requisitos cuantitativos para acceder al reajuste pensional demandado, pues el monto de su pensión no supera los cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada anualidad."

DECISIÓN: Confirma la sentencia venida en consulta, por las razones aquí expuestas. Sin costas.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ



TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: RECONOCIMIENTO DE VICTIMAS CASO INASSA- Nulidad de la decisión por falta de motivación del fallador de primera instancia/ **IRREGULARIDADES SUSTANCIALES-** Afectan el debido proceso de los sujetos procesales/**DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES-** Su inobservancia constituye causal de nulidad de lo actuado

FECHA: Marzo 11 de 2019/**AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO:** Abril 4 de 2019

PROCESADO: Ramón Navarro Pereira

DELITO: Enriquecimiento ilícito de particulares, administración desleal y falsedad en documento privado

Aspecto fáctico:

En el presente caso, se estudia el reconocimiento de la calidad de víctimas de las empresas Inassa, Triple A S.A. E.S.P. y Sintratiple A, en donde ya existe aceptación de cargos por quien fuera su Representante Legal, no obstante, advierte la Sala el acaecimiento de ciertas irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso que debe observarse en esta actuación.

Extractos:

“Luego de columbrar desde una óptica debida y racional el rasero procedimental del inicio de la audiencia obligada por razón del artículo 293 de la ley 906 de 2004, obviamente previa escucha de las posturas de las partes e intervinientes y de la decisión como estuario natural de lo pretendido, la Sala, se forma un concepto infortunado de este apartado de la audiencia porque como se sabe el procesado se allanó a los cargos y según el artículo en mención este allanamiento se apareja a la acusación y solo se espera la individualización de la pena y sentencia.

Pero como lo tuvo a bien una Sala de mayoría, en la cual el suscrito es ponente, se morigeró en el sentido de que en esa audiencia de individualización de pena y sentencia también es posible que se presenten solicitudes de nulidades, de impedimentos y de recusación, así se expresó:

“Según viene de verse, la sentencia condenatoria que sigue a la aceptación de cargos por parte del imputado no se profiere de una manera automática y sesgando los derechos y la participación de las demás partes en los trámites subsiguientes; pues lo que se propende además de la terminación más ágil del proceso penal, es que éste llegue a término de una forma justa. Tanto así que aun mediando allanamiento a cargos puede incluso proferirse sentencia absolutoria ante la imposibilidad objetiva de la ocurrencia de hechos que se adapten a las exigencias de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en la conducta punible o, incluso, es posible que

producto del control judicial se observen irregularidades en el procedimiento que hagan necesaria una declaratoria de nulidad.

*A juicio de esta Corporación, esa verificación de la inexistencia de vicios o violación de garantías fundamentales que bien es cierto es posible hacer a través de la constatación del registro audiovisual de la actuación adelantada ante el juez de control de garantías sin repetirlo, no sólo opera de oficio sino que, también pueden las partes referirse a ellas como en este caso pretendió hacerlo el defensor técnico de..., antes de que se dictara la individualización de la sentencia."*⁷

También es cierto que en la audiencia de formulación de acusación y de conformidad con el artículo 340 de la ley 906 de 2004, la víctima tiene la posibilidad de ser reconocida como tal de conformidad con el artículo 132 de esa misma obra procesal penal y desde luego del reconocimiento de su representante legal.

Pero también es cierto que ese mismo artículo 340 determina que: "el juez podrá determinar **igual número** de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral".

Norma incumplida en desarrollo de la audiencia de individualización de pena y sentencia por parte del juez de conocimiento habida cuenta que si se estudia con detenimiento la decisión y que huelga colocar de presente en esta providencia ni más ni menos que brota ostensible advertir que aquí solo existe un procesado y sin embargo sin aspavientos de ninguna naturaleza o rigor motivante del rompimiento de lo que ordena el artículo cuyo comentario hace la Sala, acepta a todos aquellos pretenses de víctima y con ello desequilibra la balanza frente al solo defensor que acude a este proceso penal en defensa del acusado que se allana a cargos, véase lo que dijo en la decisión de nuestro interés:

"...Por parte de este juez, llega a la conclusión una vez escuchada todas las partes, la defensa, los representantes de víctimas tanto también, como la fiscalía y la procuraduría tuvieron ese convencimiento en lo que estaban diciendo tanto es el convencimiento que le creía a cada uno de los que habían hablado, los representantes de la víctimas expusieron sus razones fundamentadas, no fue algo gaseoso, se sustentaron bajo jurisprudencia, bajo sus poderes, bajo sus criterios dentro de los cuales ellos consideraban que ellos iban hacer considerados víctimas en este mismo proceso, igualmente la defensa sustentó que dos de las víctimas no tendrían por qué estar acá presente, lo sustentó bien, presentó sus elementos materiales probatorios en donde demostraba e porque ellos no debían estar aquí.

Pero para mí, en este proceso como lo escuche de cada uno de ellos, no solamente están pendiente o detrás de una reparación, yo escuche por parte de INASSA, TRIPLE A, que se les dañó el buen nombre, que buscaban la reparación a esa reputación

⁷ Auto de fecha 12 de diciembre de 2018, Rad. 2018-00229, CUI 08436408900120170017501.

que se les daño, a esa mala reputación que tuvieron por parte de ese mal manejo de dineros que tuvieron en ese momento. Además, de ese boom en las redes sociales, vi que también por parte de INASSA buscaba justicia, buscaba la verdad con relación a donde estaba esos dineros, a donde fueron a parar esos dineros, verdad en relación a eso y la justicia de que se haga una pronta eficaz justicia con relación a este caso.

Esos son los fundamentos que uno debe tener en cuenta con relación a las víctimas, las víctimas no solamente están aparentemente pueden estar aquí peleando como lo expuso el señor defensor, aquí hay una pelea con relación a una reparación monetaria, aquí lo que se está hablando es de una suma de dineros que se pasaron de un lado a otro lado, así como lo expusieron todo.

No quiero hacer tampoco, llegar al fondo de este asunto en relación a tener que indagar cada uno de esos dineros que tuvieron las víctimas no sé, que tuvieron el hoy imputado –acusado pues considero que esto es un tema meramente del caso del incidente de reparación donde se deben ventilar todo estos asuntos, a fin de que se consiga la reparación como tal pero por ahora podemos buscar la verdad de a justicia además de la reparación por parte de las víctimas.

Entonces yo no voy a coartar ese derecho que tienen las víctimas, pueden ser todos y cada uno de los que están aquí, porque no todos pueden perseguir la reparación, considero bajo los fundamentos que expusieron cada uno de ellos están exigiendo la justicia y la verdad, entonces considero y voy a tener y reconocer como víctimas a cada uno de ellos.

No voy a excluir a ninguno, por lo tanto se le reconocerá poder al Armando Lacouture Gutierrez, como representante de Inassa, se le reconocerá poder al doctor Guillermo Puyano Ramos como representante de la alcaldía del Distrito de Barranquilla, se le reconocerá poder a Luis Augusto Maestre Daza quien es el representante de los Sindicatos De Trabajadores De La Sociedad De Acueducto Y Alcantarillados Y Aseo Triplea, también al doctor Donaldo Del Villar, como representante de Triple A, y como esto es una decisión que tome, hubo discusión porque como lo vimos nos extendimos 3 horas y todavía no hemos empezado la audiencia de verificación de allanamiento, pues se corre traslado de los recursos que establece la ley."

Pero lo anterior no constituye el único quebranto al debido proceso sino la falta de motivación de la decisión ya que del audio brota que las pretensas víctimas y aquellos protagonistas que impiden que se materialice tal aspiración fueron prolijos en argumentos y que conteste con las evidencias edificaron dos corrientes; es decir unas para sacar adelante el reconocimiento de víctimas y otras para evitar que ello sucediera y sin embargo la decisión ni siquiera se detuvo en estudiar los sendos argumentos de cara a las evidencias y de hacerlo al formarse dentro del juicio lógico de la esfera intelectual el juez, con igual cuño considerativo o de *sindéresis* jurídica verter consecuente a este trabajo analítico en la decisión, lo viable sin importar lo que aquí se reprocha por diferentes flancos.

Por lo que así con esa absoluta falta de motivación de la decisión tampoco por obviedad dota a los impugnantes de una objetividad para que puedan fincar sus estrategias en pos de pulverizar su vigencia y no podían hacerlo porque también el Tribunal, queda perplejo para alinderarse con aquellas elucubraciones que encaminen la satisfacción de una posición que tenga una vida plausible frente al derecho o las evidencias exhibidas.

(...)

Desde otro ángulo y siendo categóricos con la escucha del audio que guarda estricta relación con la concesión del recurso de apelación del auto de nuestro resorte funcional se advierte también una confusión en su discurso e inseguridad marcada cuando no se encuentra seguro de que a las víctimas reconocidas les asiste ese derecho como tal y claro que no tiene seguridad porque no se dio el trabajo de analizar y ponderar de conformidad con las evidencias y los argumentos de quien quiere ser víctima y de aquellos que no quieren que sean para así llegar a un extremo sensato del que sus conocimientos se encuentran desprovistos de dudas y que enrumbó la decisión por el criterio que más le aconsejó el estudio de este intríngulis procesal, véase lo que dijo en el auto en referencia:

"...De manera breve, luego de escuchada la intervención de cada una de las partes, la apelación , los no recurrentes dentro de este proceso, considero que la apelación ha sido sustentada en debida forma , conforme a derecho y de igual forma sustentada con los soportes que tienen cada uno de ellos, además que fue directa a la decisión mía. Por tal razón, concedo recurso de apelación, el efecto va hacer suspensivo aunque no se hable como tal en efecto de esta decisión dentro de los efectos de los recursos de apelación, considero que es importante que antes de seguir delante de este proceso de allanamiento, se defina esa actuación de las víctimas para seguir adelante bien podría yo darle un efecto devolutivo pero se nos generaría un problema antes de iniciar la audiencia, por el tema de las reparaciones, etc. Creo que sería un problema, pero que los más sano es el efectos suspensivo para que se decida por parte de los Honorables Magistrados, del Honorable Tribunal, para que en la próxima audiencia si estemos ya definidos quienes van hacer ya víctima o no, y sigamos delante de manera limpia y en una misma audiencia acabar este proceso..."

Por manera que ante dos frentes irregulares surtos en el auto cuestionado que concitan una clara violación al debido proceso y que no decir del derecho de defensa de todos los protagonistas en este proceso penal, como son reconocer a cinco representantes de víctimas (Distrito de Barranquilla, Inassa, Triple A. S.A. E.S.P., socios minoritarios y SintratrimpleA) cuando sólo existe un solo procesado, desequilibra la balanza e igualdad de armas e incluso el *fear play* de la esencia del proceso penal con tendencia adversarial – artículo 340 de la ley 906 de 2004- y la falta de motivación del mismo auto hace que el Tribunal, apele al artículo 455 y 457 de la misma codificación procesal penal, para decretar la nulidad de

todo lo actuado hasta inclusive el auto objeto de apelación con el propósito de que el juez de primera instancia dicte otro acorde con los argumentos y contrargumentos propuestos por las partes e intervinientes en el apartado de la audiencia que guarda relación con el reconocimiento de víctimas."

NOTA DE RELATORÍA: Esta decisión tiene SALVAMENTO DE VOTO del Dr. Luis Felipe Colmenares Russo y ACLARACIÓN DE VOTO del Dr. Demostenes Camargo de Avila. Sus argumentos en orden fueron los siguientes:

- Argumentos de disenso Dr. Colmenares:

"A nuestro modo de ver, la irregularidad en el auto que define la intervención de las víctimas en el proceso, no altera el trámite en sus bases de instrucción y juzgamiento por tratarse de meros intervinientes (víctimas), especiales del numeral 3, del artículo 137 de la Ley 906/04 se tiene que: *"Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada"*, es decir, su intervención a pesar de ser esencial no afecta el trámite sustancial en su estructura básica, de formal tal que la falta de motivación en este caso, más por escases que por otras circunstancia bien pudo llevarse con la segunda instancia que también obra para llenar vacíos de las decisiones.

(...)

Por lo tanto, si se confirmase la decisión de primera instancia, el anterior principio bien puede extenderse a este tipo de decisiones, cuando coinciden en su sentido, en este caso, la determinación de segunda instancia bien puede complementar, adicionar, llenar vacíos de la de primera, es decir, suplir las motivaciones.

Máxime que el reproche principal es que no observó la regla del artículo 340 *ibidem*: *"En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral que siendo una sola defensa se admitieron cinco representaciones de víctimas, cuando lo que limita la Ley no es que se constituyan o no en víctimas, sino que se regule por número proporcional sus intervenciones procesales así escogiendo, uno de ellos, como especie de vocero o imponiéndole por el Juez cuando no hay acuerdo (Art. 340 en precedencia).*

(...)

De forma tal que las condiciones para resolver de fondo las controversias están dadas por manera que me aparto de la decisión de mayoría, cuando lo procedente hubiese sido confirmar parcialmente la decisión, con la modificación

de que se debió excluir tanto a la entidad INASSA, como a la misma Triple A, así como al sindicato de trabajadores.”

- Argumentos de la Adición al voto Dr. Camargo:

“Comparto la decisión de decretar la nulidad por falta de motivación de la providencia apelada, en la medida en que se observa muy deficiente los argumentos en cuanto a porque admite a las víctimas, pero se muestran aún más inconclusos y prácticamente inexistentes, las razones por las cuales el juez no accedió a las solicitudes de no admisión de algunas entidades como víctimas, y esa falta de pronunciamiento no es admisible.

No solo se viola el debido proceso cuando la motivación es insuficiente, sino también cuando mediante una motivación manifiestamente vaga, el juzgador expone argumento que de ninguna manera ofrece una respuesta adecuada a los reproches formulados por las partes.

(...)

El incumplimiento a este deber obviamente implica una violación al debido proceso y a la defensa y aunque pudiera pensarse que esa falta de motivación puede suplirse en segunda instancia, en realidad no hay tal m pues una actuación como esa quebrantaría el principio de la doble instancia.”

DECISIÓN: Decretar la nulidad de todo lo actuado inclusive el auto de fecha 23 de noviembre de 2018, con el propósito de que el juez de primera instancia dicte otro acorde con los argumentos y contrargumentos propuestos por las partes e intervinientes en el apartado de la audiencia que guarda relación con el reconocimiento de víctimas.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

RADICACIÓN No. 08-001-31-87-001-2018-00032-01 / **Núm. Interno:** 2019-00120-T-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Tutela de primer nivel

TEMAS: DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL- Empleado que ejerce autoridad en el Distrito de Barranquilla/ **DERECHOS A LA VIDA, LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL-** Se encuentran conculcados con la decisión de finalización o reducción del esquema de seguridad que lo acompaña/ **AMPARO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO TRANSITORIO-** Para que se discuta la legalidad del acto de la administración ante la justicia competente

FECHA: Abril 4 de 2019

ACCIONANTE: Juan José Vergara Díaz

ACCIONADO: Ministerio de Interior y Defensa-Unidad Nacional de Protección y Dirección Nacional de la Policía Nacional

Causa fáctica:

En el presente caso, se estudia la solicitud de tutela promovida por el actual Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla pretende que se mantengan las medidas de protección que la Unidad Nacional de Protección le había otorgado, pues considera que las amenazas que se ciernen sobre su vida no han cesado.

Extractos:

“En el presente asunto, observa la Sala que los argumentos del libelista estriban en señalar que fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la integridad y seguridad personal, debido a la presunta transgresión que han perpetuado las entidades accionadas con la expedición de la Resolución 8864 del 25 de octubre de 2018, proferida por el Director General de la Unidad Nacional de Protección, al señor Juan José Vergara Díaz, quien desempeña el cargo de Presidente del Consejo Distrital de Barranquilla 2019⁸, siendo víctima de un atentado criminal el día 09 de abril de 2013 en esta ciudad, donde resultó herido y donde su escolta, servidor de la Policía Nacional, falleció.

Por lo anterior, se trae a colación lo que la jurisprudencia proferida por la Honorable Corte Constitucional, señala sobre la protección de las personas en aquellas situaciones que se ubican en el nivel de riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar⁹:

“La jurisprudencia ha ligado la evaluación del riesgo o de las amenazas a una escala de cinco “niveles de riesgo”, y ha establecido que la protección constitucional procede cuando se verifica que éste es extraordinario o extremo. La reglamentación de los programas de protección ordenados el artículo 81 de la Ley 418 de 1997 contienen una discriminación del riesgo en niveles idénticos a los contemplados por la Corte y, propone diferentes medidas que van desde las recomendaciones de autoseguridad, en los primeros niveles, hasta la asignación de esquemas de seguridad y escolta, para quienes están en los niveles más altos de riesgo. Conforme a ello, en los casos en los que la Corte ha encontrado que el riesgo que enfrenta el accionante es extraordinario o extremo, ha ordenado la inclusión de los accionantes dentro de programas específicos de protección individual. Y cuando existen suficientes pruebas sobre el hecho de que la persona está siendo víctima de intimidaciones, sin que sea posible identificar el nivel actual de riesgo, la Corte ha resuelto tutelar el derecho a la seguridad personal, disponiendo la realización de nuevos estudios de riesgo que den lugar a la adopción de las medidas adecuadas de protección.”
(...)

⁸ <http://www.concejodebarranquilla.gov.co/index.php/el-concejo/mesa-directiva>

⁹ Sentencia Corte Constitucional T-750 de 2011

Visto ello, se desprende la fundamental importancia que tiene el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad y seguridad personal, el cual se encuentra compuesto del respeto a todas las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, en las diversas actuaciones frente a las autoridades judiciales y administrativas, en las que se encuentren inmersos.¹⁰

“En los casos que se invoca la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad y la seguridad personal, a propósito de la alteración de medidas de protección brindadas por el Estado a un ciudadano, la Corte Constitucional ha sostenido constantemente que la tutela es un mecanismo de defensa judicial plausible, aun cuando existan otros medios en la jurisdicción contenciosa administrativa para censurar las actuaciones de las respectivas autoridades, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En virtud de las condiciones especiales de las personas que reclaman la protección y las circunstancias apremiantes de seguridad que atraviesan, se ha establecido que el medio defensa de la jurisdicción contenciosa administrativa resulta ineficaz, pues la duración del trámite puede conducir incluso a una interferencia grave en el derecho fundamental a la vida.

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL-Opera para proteger a las personas de aquellas situaciones que se ubican en el nivel de riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar.”

No obstante, el precedente constitucional dicta, que debe protegerse de manera estricta el carácter subsidiario de la acción de tutela, lo cual exige que el fallador, analice en forma integral si proceden ante la vía ordinaria mecanismos idóneos y distintos a la acción de tutela, mediante el cual el actor pueda solicitar la protección de sus derechos, para no soslayar de esta forma la residualidad del trámite de amparo constitucional y permitir con ello que se convierta en una vía alterna o instancia adicional a la vía ordinaria, puesto que ello, atentaría en forma inconveniente contra el objeto y fines de la misma.

(...)

En el caso concreto, se observa que no se encuentra en discusión que el accionante Juan José Vergara Díaz fue objeto de un atentado en el año 2013, que gracias a las medidas de protección con las que contaba en dicha oportunidad resultó herido sin gravedad, hecho en el que lamentablemente perdió la vida un funcionario de la policía nacional asignado para su escolta personal, tales hechos dieron lugar a la investigación penal bajo el SPOA 0800160010552013-02687, la cual sufrió ruptura procesal en cuanto a la situación jurídica del procesado Jaime Alberto Aristizabal Quintero, a fin de continuar la investigación en contra de desconocidos y establecer los móviles que generaron el atentado en contra del accionante, tal y como lo expone la Fiscalía 4ª Especializada vinculada al presente trámite en su respuesta. Es por ello, que en

¹⁰ Sentencia Corte Constitucional T-707 de 2015

ese estado de la investigación no podría hablarse que se encuentren superadas las condiciones de inseguridad que acompañan al funcionario del Concejo Distrital de Barranquilla, pues no se ha dado captura ni se han identificado a los autores intelectuales del intento de homicidio en su contra, quien en la actualidad figura Presidente de dicha corporación, lo cual lo convierte en foco de inconformidades por las decisiones que allí se toman.

Por tanto, considera esta Sala, desde el punto de vista constitucional, prematura la medida tomada por la Unidad Nacional de Protección en Resolución 8864 de 2018, al finalizar el esquema de seguridad provisto al accionante, ya que si bien al actor le asiste otros medios de defensa de sus derechos, los mismo no resultan ser idóneos, ya que se trata de derechos fundamentales tales como la vida y la seguridad personal, tal y como se ha explicado en precedencia y como lo explica la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada.

De tal suerte que, por lo anterior puede señalarse abiertamente que la entidad accionada Unidad Nacional de Protección, ha conculcado los derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la integridad y a la seguridad personal del accionante Juan José Vergara Díaz, con la decisión de finalización o reducción del esquema de seguridad que lo acompaña, por lo que se deberá conceder el amparo deprecado, pero como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en el sentido que se ordenará la suspensión de los efectos de la Resolución 8864 de 2018 del 25 de octubre de 2018, por el término de **4 meses**, a fin de que acuda ante la jurisdicción Contencioso Administrativo y solicite las medidas cautelares dentro del trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho¹¹, escenario procesal que permite un debate probatorio más amplio sobre la situación de inseguridad que rodea al funcionario Juan José Vergara Díaz, Presidente del Concejo Distrital de esta ciudad, debiendo la entidad accionada Unidad Nacional de Protección asegurar al accionante el esquema de seguridad finalizado."

DECISIÓN: Conceder como mecanismo transitorio el amparo constitucional deprecado para que dentro del término de 4 meses acuda ante la justicia contenciosa administrativa y solicite la medida cautelar de suspensión provisional del acto que finalizó con las medidas de protección que gozaba.

¹¹ **ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

NOTA DE RELATORÍA:

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

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín.

Cualquier tipo de observación o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

VIVIAN VICTORIA SALTARIN JIMENEZ
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

