



BOLETÍN No. 65

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Noviembre – Diciembre 2019- Enero 2020

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

RADICACIÓN: 08001315301620170006701/ Número Interno: 42.349

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIO COMERCIAL-Diferencias con el contrato de arrendamiento de locales comerciales/ **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-** Deviene de la falta de satisfacción de las cláusulas del convenio pactado entre las partes

DEMANDANTE: Cstore la estación S.A.S.

DEMANDADO: Operadores Técnicos De Estaciones De Servicio S.A.S.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia una reclamación de orden contractual entre quienes celebraron un contrato atípico de concesión de espacio en espacio comercial, en razón al incumplimiento de los convenios inicialmente pactados, y que dieron lugar a la ruptura del vínculo.

Extractos:

“La sentencia venida en alzada parte de que efectivamente el contrato efectuado por los sujetos procesales es de concesión de espacio comercial en un establecimiento de comercio para realizar una determinada actividad, concretamente, de restaurante, que no se encuentra incumplido por el demandado por cuanto las conductas que se le imputan en la demanda, son anteriores a la suscripción del mismo contrato y que el demandante, al guardar silencio respecto de ellos en la concomitancia del perfeccionamiento de la convención, los aceptó y no demostró que haya expresado resistencia en el lapso comprendido entre el perfeccionamiento del contrato y la terminación

voluntaria del mismo, ello, por aplicación del consentimiento vertido en el perfeccionamiento de la convención y la autonomía de la voluntad privada.

(...)

Sea lo primero expresar que las partes denominaron su convención contrato de concesión y subjetivamente se llamaron a los constituyentes concesionario y contratante, cuyo objeto consiste en que el concesionario confiere el uso de un área de 57 metros cuadrados, más un cuarto frío, para el uso de la parte contratante, quien “conservando ésta la potestad del diseño, adecuación y distribución del espacio, ubicado dentro del área total de 170 metros cuadrados dentro de su tienda Fullmart y una terraza localizada al lado del local Fulloil, en la calle 84 N° 51B-52 de la ciudad de Barranquilla”, y como contraprestación por la concesión del espacio, el contratante se obliga a pagar “el mayor valor entre el 5% de las ventas netas y un garantizado de dos millones quinientos mil pesos, pagaderos dentro de los 5 primeros días correspondientes de cada periodo mensual, en forma anticipada ...”.

Pues bien, como el punto de quiebre en este reparo es que el apelante considera que la naturaleza de la convención es de arriendo y para la contraparte y operador judicial es de concesión de espacio, conviene a la decisión, estudiar dicha relación, primero, desde la literalidad del contrato, y luego, desde el conjunto probatorio vertido en el proceso, lógicamente partiendo de la base que dicha naturaleza debe deducirse de los elementos esenciales contractuales y su afinidad con los contratos típicos, para, con ayuda en la normatividad, se pueda deducir lo más certeramente la cuestión.

(...)

Pues bien, el tratadista Juan Antonio Gaviria Gil, enuncia los elementos esenciales particulares del contrato de concesión de espacio comercial, en los siguientes:

“Es un elemento esencial de estos contratos, y en ello se asemeja a los demás contratos de concesión, el control por parte del concedente, quien, entre otros aspectos, (i) puede inspeccionar el local del concesionario, (ii) sólo autoriza al concesionario a utilizar las áreas entregadas en la forma convenida, (iii) le obliga a éste a mantener una estricta confidencialidad sobre toda la información relacionada con las actividades del concedente, (iv) le impone al concesionario el deber de acatar las directrices que imparta el concedente para la utilización de las áreas concedidas y (v) le asigna a dicha parte contractual la obligación de atender al público en los días y horarios en que se encuentren abiertos los establecimientos de comercio donde realiza su labor”.

Y respecto de la forma de pactar la remuneración, el doctor Arrubla Paucar, expresa:

“Las ventas se hacen por los sistemas generales del establecimiento de comercio del concedente y se implanta una manera de liquidación periódica, permaneciendo el concedente con la retribución estipulada como precio por la concesión. Por el

espacio físico no se está pagando renta alguna, la comisión que se paga es global, por todos los servicios de que se lucra el concesionario"¹.

Sin embargo de que el apelante no controvierte el que en el presente caso se encuentran los anteriores elementos esenciales y particulares del contrato traído como fuente de la responsabilidad civil reclamada, los cuales se encuentran demostrados en la actuación, como lo resaltó la funcionaria de primera instancia, alega que erró su valoración e interpretación del contrato porque en el texto del mismo se encuentran elementos legales y materiales del contrato de arrendamiento, como es la prohibición de subarriendo, la potestad de realizar mejoras, lo referente al desahucio y la carga respecto de los servicios, pero respecto de tal reparo, tenemos:

Primero: la funcionaria de primera instancia no negó que el contrato de concesión de espacio comercial tenga puntos de contacto e identidades con el contrato de arrendamiento, por lo que acudir a normas legales típicas de dicho contrato, para darle una tipicidad contractual lo más certera posible, en nada afecta la negociación de concesión;

Segundo: los elementos contractuales que identifican un contrato, y es precisamente su función dentro del contrato, son los elementos esenciales particulares y no los naturales y mucho menos los accidentales. Pues bien, la entrega de espacio comercial a comerciantes independientes dentro de un establecimiento de comercio más grande y su forma de remuneración, por un lado, como los deberes especiales descritos por el doctor Arrubla y Gaviria, son los que determinan la naturaleza del contrato suscrito entre las partes.

Tercero: el hecho de que al contrato de concesión de espacio comercial se aplique para interpretar y regular algunos aspectos, las normas del contrato de arrendamiento, no lo convierte en esa clase de negocio, dado que precisamente una de las teorías para interpretar un contrato atípico es tomar las normas del contrato típico afín, para resolver las controversias en tales aspectos, pero igualmente las partes pudieron acudir a otra clase de normas propia de otro contrato y ello no tornaría la convención en cuestión diferente.

Cuarto: recuérdese que un sector de la doctrina expresa que las teorías de interpretación de un contrato atípico por medio de normas del contrato típico, como lo expresa el reparo, lo encuentra inapropiado, dado que si los contratantes hubiesen querido realizar un determinado contrato típico lo hubiesen realizado así, por lo tanto, proponen que los negocios atípicos deben interpretarse teniendo en cuenta el interés o fin buscado por los contratantes, por lo tanto se debe atender a la teoría general de las obligaciones y de los contratos para solucionar las controversias de los contratos atípicos.

¹ Arrubla Paucar Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Contratos atípicos pag 372.

Quinto: el que en cartas intercambiadas entre las partes se haga referencia a los aspectos propios del contrato de arriendo, se insiste, no convierte el negocio en uno de ellos, más cuando la funcionaria de primera instancia pone de presente la ambigüedad en que incurren los contratantes en cuanto su designación, habida cuenta que unas partes se llaman concesionario y contratante y otras veces arrendataria y arrendador, pero se insiste, lo determinante son sus elementos esenciales diferenciadores. No es posible juzgar un contrato por lo que se dice de ellos, sino por lo que son, por su estructura constitutiva de elementos esenciales.

Siendo ello así, no es de recibo compartir el reparo en estudio.

El segundo reparo expresa que la funcionaria malinterpretó las cláusulas novena y décima del contrato.

Pues bien, la funcionaria encuentra una contradicción entre esas dos cláusulas, dado que de su literalidad parecen deducirse dos regulaciones excluyentes respecto de quien está obligado al pago de los servicios públicos que se genere por el uso del espacio dado en uso a la contratante.

Si ello es así, es evidente que se imponía acudir a los criterios de interpretación de los contratos y una primera técnica es que las cláusulas se interpretan una con otra de manera que el entendimiento del contrato sea el más armónico al sentido general de la convención, amén de que la cláusula posterior y específica prevalecerá preferentemente a las anteriores y genéricas.

Pues bien, la funcionaria de primera instancia luego de analizar la literalidad de las dos cláusulas estableció que, dada la naturaleza del contrato de concesión y lo específico de la cláusula 10° del mismo, que reza de manera detallada y particularizada de cada servicio público le corresponde cancelar al contratante, además de las sanciones por reconexión debido a las suspensiones del servicio público concreto.

Siendo así, no es descabellada la interpretación que dio la funcionaria al clausulado del contrato, que no refiere modificación posterior de la convención, sino que es una regulación originaria y que muestra tal claridad normativa que no permite otra interpretación y que sería suficiente, por lo que acudir a pruebas diferentes al mismo contrato se torna superfluo.

Ante tal situación, encuentra la sala que no es de recibo el argumento de que el demandante es un mero convidado de piedra en la elaboración del contrato para justificar la contradicción entre las cláusulas 9° y 10° del contrato, porque debe recordarse que el actor demandantario ingresó al contrato gracias a la

cesión efectuada por el contratante originario Bestmart Ltda, además, recuérdese que el contrato de concesión es un contrato bilateral y no de adhesión, oneroso y conmutativo, por lo que no sería de recibo el anterior argumento, que es propio de los contratos de sujeción clausular.”

DECISIÓN: Confirma sentencia venida en alzada.

M.S: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
RADICACIÓN: 08001315300120190004401/ Número Interno: 42.362

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: EXPROPIACIÓN POR VÍA JUDICIAL- Inconfomidad de la entidad demandada con el avaluo presentado por el dueño del terreno/ **MÉTODOS DE AVALUO-** De comparación o de mercado y De reposición/ **HOMOGENIZACIÓN DEL TERRENO EXPROPIADO-** Resulta necesaria para determinar el valor de la franja de terreno objeto de expropiación en razón a equivalencias con los inmuebles aledaños o cercanos

FECHA: Diciembre 11 de 2019

DEMANDANTE: Agencia Nacional De Infraestructura

DEMANDADO: Robert Alex Sanjuan Camacho

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la parte recurrente estima que la indemnización fijada por ella como entidad pública con motivo de la expropiación de una franja de terreno de su propiedad consulta el verdadero valor económico del mismo, aportando dictamen pericial al respecto siendo objetado por el demandado, por lo que pretende como recurrente sea revocado el numeral segundo de la sentencia referido al valor acogido para la zona de terreno expropiada.

Extractos:

“Del valor del terreno

(...)

1.2. Si se comparan los dos dictámenes que reposan en el expediente (es decir, el aportado con la demanda de fecha 8 de marzo de 2018 y el aportado con la objeción de fecha mayo 17 de 2019), se observa que en ambos se utilizó el mismo método valuatorio para determinar el valor del área objeto de expropiación, esto es, el **“método de comparación o de mercado”** y para la determinación del valor de las construcciones la ANI aplicó el **“método de reposición”** sin embargo, las diferencias entre uno y otro dictamen para obtener el valor del terreno son innegables, no sólo por la forma como se

recaudaron y compararon las muestras utilizadas para la llamada “homogenización”², sino especialmente por el valor final dado a la franja de terreno a expropiar por concepto de indemnización, que es realmente el motivo de la objeción.

(...)

1.4. Por otro lado, el mismo perito³, en su informe escrito señala en el punto 8 las OFERTAS y/o INVESTIGACIÓN ECONÓMICA INDIRECTA, dando aplicación al método de comparación o de mercado que fue el utilizado. En el punto 8.1 refleja la “Relación de la Investigación Obtenida”, anotando en la casilla 4, correspondiente a la oferta 122, un predio urbano ubicado en la ciudad de Barranquilla a nombre de Juan Carlos por valor de \$7.500.000.000 (ver respaldo fl. 48), lo que evidencia, que dicha muestra no cumpliría con los lineamientos normativos que exige el método utilizado, cual es, “establecer el valor comercial del bien, a partir del estudio de las ofertas **de bienes semejantes y comparables al del objeto de avalúo**”, puesto que de las 4 muestras consultadas, la distinguida con el No. 122 corresponde a un predio fuera de la jurisdicción donde se localiza la franja expropiada, lo que la hace no semejante o susceptible de comparación. En dicho punto, citó de la siguiente forma las muestras u ofertas objeto de comparación, observándose claramente, la diferencia con el predio tomado de la ciudad de Barranquilla (2.000 m2 urbano en Barranquilla, sobre al vía al mar) y las otras 3 muestras escogidas, de las cuales también se encuentran una ubicada en el peaje los Papiros, es decir, totalmente fuera del perímetro de la franja expropiada.

(...)

En sentido similar, en los puntos 10 y 10.1 referidos a los “Cálculos del Valor del terreno” y “Procesamientos estadísticos (método de comparación)” (ver respaldo del fl. 49), se muestra un cuadro con cada una de las muestras de terreno comparadas, indicándose junto ellas el valor del metro cuadrado adoptado en \$1.700.000, (...).

Posteriormente, en el punto 10.3 (fl. 50) referido al “Ejercicio del loteo”, se adopta como nuevo valor del metro cuadrado de la franja expropiada la suma de \$840.000, citándose como fundamento el artículo 15 de la Resolución 620 de 2008

² **Borrero Ochoa Oscar (2000). Factores y métodos para el avalúo comercial. En avalúos de inmuebles y garantías. Bhandar Editores. Homogeneización.** El proceso de Homogeneización significa “hacer homogéneo, hacer equivalente, hacer comparable”. Por ello es indispensable luego de tomar los datos en el proceso de recolección pasar a la etapa de homogeneización. El primer paso debe ser definir la zona GEOECONOMICA HOMOGÉNEA. Se entiende por esta la zona que tiene similares características en cuanto a: - Ubicación espacial - Estrato social - Uso similar (industrial, comercial, habitacional) - Densidades y reglamentación urbana similar (alturas, índices de construcción).

³ Luis Fernando Sanabria Vanegas

expedida por el IGAC, la cual señala en su parte pertinente prescribe que: “Para la estimación del precio de un terreno en bruto, cuando por las condiciones del mercado no se pueda estimar directamente, se calculará partiendo del valor del terreno urbanizado, y se aplicará la siguiente formula: $V.T.B = \%AU \{ Vtu_ - Cu \} 1 + g$ ”. Lo anterior, refleja una contradicción con lo expresado en el punto 8 (respaldo fl. 48), puesto que conforme a “La Investigación Estadística Indirecta (Ofertas)” y la “Relación de la Investigación Obtenida (punto 8.1)”, en este caso sí se tenían las condiciones del mercado para estimar directamente la oferta, la cual oscilaba para el valor del metro cuadrado en \$1.700.000 tal como lo expresaron en el punto 10.1 ya descrito en párrafos anteriores.

Respecto a la forma cómo se recolectaron y clasificaron las muestras para luego obtener la homogenización del valor del terreno, por parte del perito Luis Fernando Sanabria Vanegas, expresó en la audiencia lo siguiente:

“...nosotros tomamos el método comparativo independientemente del barrio general en que esté el predio que cumpla con las condiciones físicas y normativas del inmueble. Si, esas son las condiciones que nosotros estamos tomando”.

Reconociendo con su dicho que no tomó en cuenta la ubicación de las muestras con relación al predio perseguido, omitiendo una vez más la correcta aplicación del método utilizado. Se itera, que el método de comparación o de mercado exige que el estudio valuatorio se efectúe con ofertas de bienes semejantes y comparables al del objeto de avalúo y al tomar ofertas y/o muestras de predios de otros barrios o sectores diferentes, no puede hablarse de homogenización, ni semejanza.

De la Licencia de Construcción

1.5 Ahora respecto al otro punto de impugnación, referido a la omisión de la existencia de la licencia de construcción otorgada al predio expropiado para desarrollo inmobiliario en dictamen acogido por el A Quo, es evidente que la parte demandante desconoció por completo tal realidad, conllevando dicha omisión a que el valor de la indemnización a favor de la parte demandada disminuyera ostensiblemente, al no determinarse los rubros indemnizatorios a que habría lugar con ocasión de la interrupción y/o modificación del proyecto urbanístico que se tenía planeado construir en parte de la franja expropiada. Veamos:

Dice el perito de la ANI en sus CONCLUSIONES (ver respaldo folio 51): “La información jurídica, de áreas, anexos y elementos permanentes fueron tomados de la ficha predial CCB-UF6-080A-D”. Esa ficha predial fue elaborada el 15 de noviembre de 2017 (folio 30), por la Concesión Costera Cartagena Barranquilla, negándose expresamente que el inmueble objeto de expropiación tenía licencia urbanística, cuando lo cierto es que dicha licencia fue expedida por primera vez el 8 de agosto de 2013 según Resolución No. 180, posteriormente prorrogada y revalidada en los años 2016 al 2018, por medio de resoluciones 211 y 356 de julio de 2016 y septiembre de 2018 (fls. 120-128), tal como lo certifica a Alcaldía de Puerto Colombia en documento obrante a folio 129 del expediente, (...).

Quiere decir lo anterior que para la fecha de la elaboración de la ficha predial (noviembre 15 de 2017) y para la fecha de realización del dictamen (marzo de 2018), el predio objeto de expropiación contaba con la licencia de urbanismo y construcción del Proyecto Torres del Caribe Villa Campestre, por lo que no es aceptable que en la elaboración de la ficha técnica y en el peritazgo realizado posteriormente, la parte demandante negara su existencia, puesto que esto implicó el desconocimiento de la posible indemnización que se causaría con ocasión de la expropiación de parte de este terreno a edificar.

(...)

1.6. Por su parte, el perito Carlos Acevedo Juliao, quien realizó el avalúo de la parte demandada, al justificar la metodología utilizada (ver punto 5 fl. 113 C.P.), expresa que: “A continuación presentó una tabla de estudio de mercado donde se puede apreciar que el valor por mt² en este sector oscila alrededor de \$1.700.000”. (...).

Nótese que el valor del metro cuadrado que determinó el perito de la parte demandada para la zona expropiada asciende aproximadamente a la suma de \$1.690.000, suma similar a la que inicialmente se adoptó en el informe pericial rendido por la parte demandante, esto es, \$1.700.000 (puntos 10 y 10.1 del informe pericial de la ANI).

(...)

Con relación al “DAÑO EMERGENTE”, al haberse probado su causación con el material probatorio allegado al plenario y de lo debatido en las audiencias de contradicción de los dictámenes, se reconocerá por este concepto la suma total de \$99.913.452 que corresponden al levantamiento topográfico, estudio de suelos, diseño y planos del proyecto arquitectónico y de la memorial del cálculo

estructural y el valor pagado por la otorgación de la licencia de construcción para el Proyecto Torres del Caribe Villa Campestre.

Respecto del LUCRO CESANTE, se reconocerá parcialmente al probarse que **(i)** la franja de terreno expropiada afectó el área destinada a la construcción de parqueaderos (sótanos y semisótanos) en el proyecto inmobiliario en cuantía de \$1.425.000.000, **(ii)** y se demostró también la diferencia que surgió entre el valor del predio en el que se construiría el proyecto inmobiliario sin la afectación y después de la afectación con la expropiación (Valor Propio Neto 1 y 2) por valor de \$43.661.000.

Por la cancelación de la licencia del proyecto y por el área destinada a los juegos para niños del proyecto inmobiliario Torres del Caribe Campestre, no se reconocerá suma alguna, como quiera que sobre el primer aspecto no hubo daños, con soportes probatorios que pudieran determinar lo dejado de percibir por tales conceptos, y sobre el segundo aspecto no hubo pronunciamiento alguno en el dictamen, en punto de su cuantificación no se demostró la causación de dicho daño.

De la indexación

En materia de expropiación, es necesario indicar que la indemnización no es una "deuda de cantidad", sino una "deuda de valor". Por tal virtud, el monto de la indemnización en la expropiación, queda sujeto a una determinación ulterior, y así, lo que debe pagar la entidad expropiante debe corresponder con exactitud al valor del bien al momento de hacerse el pago. No se debe una suma nominal de dinero, se debe el valor de un bien al momento de su pago.

Precisamente, esta característica de la indemnización, es la que ha permitido que se tenga en cuenta la depreciación de la moneda para satisfacer la exigencia constitucional de justicia. Por ello, una vez que la obligación de la entidad expropiante se determina en dinero, la obligación se satisface pagando tal cantidad. Pero en caso de retardo en el pago, esto es, cuando la obligación se satisface tiempo después de haber sido fijado el quantum de la indemnización -justiprecio- el Juez debe ajustar tal suma de dinero según la inflación y conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (...)."

NOTA: Esta decisión tiene salvamento de voto de la Dra. Guiomar Porras Del Vecchio, a continuación los argumentos del disenso:

“La Sala mayoritaria consideró que la decisión del Juzgado 8 Civil del Circuito de Barranquilla, que soslayó el dictamen pericial arrimado por la parte demandada con el de objetar el anexo por la Agencia Nacional de Infraestructura, quebrantaba el ordenamiento jurídico, en la medida en que habían normas posteriores al Código General del Proceso, que permitían a los sujetos pasivos en procesos de expropiación, atacar el monto a indemnizar relevado en demanda, mediante experticios realizados por personas naturales o jurídicas diferentes al IGAC o a las Lonjas de Propiedad Raíz.

En sentir de la mayoría de la Sala, la expedición de la Ley 1682 de 2013, modificó en el caso específico de proyectos de infraestructura de transporte, el trámite de la objeción del avalúo que viene trazado por el Código General del Proceso.

Ello por cuanto, mientras el numeral 6° del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012, solo permite que el propietario objete el experticio arrimado por la demandante en proceso de expropiación judicial, a través de avalúo elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por una lonja de propiedad raíz, el artículo 23 de la citada Ley 1682 de 2013 hace referencia no solo a estos, sino a personas naturales o jurídicas de carácter privado registradas y autorizadas por las Lonjas de Propiedad Raíz.

Y en efecto, ello llevaría a contemplar la existencia de una posible antinomia entre los vigentes numeral 6° del artículo 399 del Código General del Proceso y artículo 23 de la Ley 1682 de 2013, fácilmente superable con los criterios hermenéuticos como el temporal y el de especialidad, en total la segunda no solo resulta más reciente, sino que regula de manera específica el tema de infraestructura vial.

*No obstante, de la lectura integral de la citada Ley 1682 de 2013, se puede concluir que no hay tal antinomia, pues el artículo 23 solo hace referencia al avalúo elaborado **a petición de la entidad encargada** del proceso de enajenación voluntaria o en su defecto de la presentación de la demanda de expropiación, de tal suerte que no se configura en norma especial para la objeción permitida al propietario en proceso judicial.*

Ello quiere decir, que la restricción clara del legislador en relación a la posibilidad de oposición diferente a la consagrada, guarda plena vigencia, en aras de generar una posición más o menos unificada en relación al valor de un bien, permitiendo un equilibrio entre el derecho del propietario, que cede ante el bienestar común, y el patrimonio del estado.

Así que, dada la rigidez probatoria establecida por el hacedor de normas, el operador judicial, no puede entonces adentrarse a examinar un experticio que no haya sido elaborado por las entidades ya mencionadas.

A esta determinación se llega, no solo por la lectura del mismo artículo 23, sino también por la de los artículos consonantes, que entre otros asuntos, facultan a la entidad de derecho público para objetar ante el evaluador, el experticio de que habla el artículo 23, es decir, el que ella misma ha solicitado.”

DECISIÓN: Revoca numeral 2 de la sentencia. Acoge peritazgo de la parte demandada. Condena al pago de daño emergente y lucro cesante. Ordena indexación desde la fecha en que se realizó el avaluo.

**M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
RADICACIÓN No. 08-758-31-84-002-2017-0016-01 /Núm. Interno: 2019-00154F**

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL- Audiencia de inventario y avalúos: Objeciones/ **PASIVOS-** La ley no exige que estén constituidos o reposen en títulos ejecutivos/**NORMAS PROCESALES DE LA SUCESIÓN-** Se aplican en lo que resulte pertinente al trámite liquidatorio de la sociedad conyugal

FECHA: Diciembre 18 de 2019

DEMANDANTE: Wilson Javier Chaparro Molina

DEMANDADO: Amparo Judith Vargas Lara

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la parte recurrente (demandada) se encuentra inconforme con la decisión del A-quo, en cuanto no fue aportado por el demandante el documento que contiene el crédito de libre inversión utilizado por su exconyuge con los requisitos propios del título ejecutivo, y por ende, la juzgadora de primera instancia no debió avalarlo y acceder a la objeción formulada.

Extractos:

“Al entrar en materia, se debe indicar que la composición del haber de la sociedad conyugal, encuentra sustento en el artículo 1781 del Código Civil y normas siguientes.

Sobre los pasivos específicamente, dispone el artículo 1796 en su numeral segundo, que conforman la sociedad conyugal "...las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrayeren por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.", así como también la integran, conforme al numeral tercero, "...todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierte en ello."

Conviene destacar, que la norma no específica, que deban estar contenidas en un título que preste mérito ejecutivo.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, encuentra regulación en el artículo 523 del Código General del Proceso, que no hace remisión a las reglas de la sucesión, en cuanto a la forma en que ha de ser confeccionado el inventario, sino que remite únicamente en relación con la formulación de objeciones, cuando en su tenor literal expresa que "Podrá también objetar el inventario de bienes y deudas en la forma prevista para el proceso de sucesión."

A partir entonces de tal circunstancia, es del caso precisar, que si bien el artículo 501 del Código General del Proceso resulta de aplicación al proceso de liquidación de sociedad conyugal, únicamente lo es en lo pertinente y en lo que resulte compatible con la liquidación de estos patrimonios.

Lógico es que, tratándose de un proceso de sucesión, la normativa imponga limitación en cuanto a la acreditación de las obligaciones que han de incluirse en el inventario, pues conviene recordar, que se trata de constituir la masa patrimonial del "*de cuius*", que es una persona fallecida, un tercero distinto a los herederos o legatarios que intervienen en el proceso y que claramente pueden desconocer las diversas prestaciones que haya dejado su causante, y que son en últimas quienes realizarán el pago de tales prestaciones.

Empero, en la liquidación de la sociedad conyugal, no opera de igual manera, pues precisamente los ex cónyuges conocen las obligaciones adquiridas y no resulta necesario que el acreedor, en los términos del artículo 501 del CGP, se haga parte en el proceso con su título ejecutivo para hacer valer su crédito, ya reconocido por quien figura como deudor, máxime porque, las personas a cuyo nombre se halla, no se encuentran fallecidas y continúa el acreedor con todas las garantías que a su disposición establece la ley.

De ahí entonces que no sea del más mínimo recibo el argumento de la parte apelante, pues, refulge palmario que no es necesaria la comparencia del acreedor para hacer valer un título ejecutivo, a fin que, en el proceso de

liquidación de sociedad conyugal, se incluya una determinada obligación en el inventario.”

DECISIÓN: Confirmar la decisión recurrida.

SALA LABORAL

M.S: Dr. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Radicación: 0807583112 001 2015 00209 01 /Número Interno: 59.623-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL – Pretensión de nivelación salarial y pago de diferencias pecuniarias/ **VALORACIÓN PROBATORIA** – De las pruebas documentales y testimoniales se advierte que existió diferencia salarial de la actora respecto de sus compañeros que ejercían mismas funciones/ **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**- No resultó demostrada la mala fe del empleador respecto del pago de las sumas adeudadas como diferencia salarial

FECHA: Noviembre 25 de 2019

DEMANDANTE: Doris Susana Guerrero Romero

DEMANDADO: Terminal Metropolitana De Transportes De Barranquilla S.A.

Aspecto fáctico:

El aspecto a dilucidar se centra en determinar, si en el presente proceso se encuentra probado que la actora desempeñó las funciones del cargo de Control Transporte, si hay lugar a la pretendida nivelación salarial solicitada por la demandante, y con base en ello, establecer si procede el pago de diferencias salariales y prestaciones, así como a la reliquidación de los aportes en seguridad social y pago por sanción moratoria.

Extractos:

“De una lectura al libelo de demanda, se observa que la actora sustenta sus pretensiones en que fue vinculada laboralmente en la Terminal de Transportes de Barranquilla desde el 05 de Septiembre de 2008 desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo de Información, que el 21 de Diciembre de 2010 debido a una reestructuración administrativa y por ser Pre pensionable, desempeñó el cargo de Operario de Control Transporte, hasta el 10 de Noviembre de 2014 cuando se pensionó pero que se le cancelaba un salario como de Auxiliar Administrativo.-

(...)

Dentro de las pruebas obrantes a plenario se tiene los siguientes documentos:

- Copia simple de respuesta a derecho de petición para una profesional universitaria donde consta cargos que desempeñaban funcionarios antes y después de la Reestructuración el 21 de diciembre de 2010 y donde consta que la demandante desempeñaba el cargo de Auxiliar Administrativo Centro de Información y luego del 21 de diciembre de 2010 desempeñó el cargo de control Transporte, derecho de petición firmado por el Jefe de Talento Humano Alex Miranda. (Folio. 18)
- Copia Simple de los Turnos y puesto de trabajo de algunos trabajadores dentro de los cuales se encuentra la actora en el puesto (Tráfico/Transporte) (Folio 19-42)
- Copia de volante de nómina de la actora Doris Guerrero para los años 2011-2012-2013-2014 cuyo cargo era de Auxiliar Administrativo (Folio 43-52)
- Copia de Volante de Nomina del trabajador Luis Jiménez para el año 2011-2012 en el cargo de Control Transporte (Folio 53)
- Copia de Volante de Nomina de la trabajadora Dilia del Carmen Castaño para el año 2013 en el cargo de Control Transporte (Folio- 54)
- Copia de Volante de Nomina de trabajador Luis Jiménez para el año 2013 para el cargo de Control Transporte (Folio 55)
- Copia de petición de nivel salarial de la actora suscrita por el Presidente de SINTRACARIBE (Folio 56)
- Copia de Liquidación de Prestaciones Sociales de la actora (Folio 57)
- Copia simple de Contrato Individual a término indefinido de la actora Doris Guerrero (Folio 78)
- Copia de Resolución 00348-2014 por el cual se materializa la Supresión Automática y definitiva del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 09 desempeñado por la actora Doris Guerrero Romero ante el reconocimiento de su pensión de vejez el 06 de noviembre de 2014 (Folio- 80)
- Resolución 0422 por el cual se le liquidación y cancelas prestaciones sociales a la actora (Folio 82)

En el expediente militan los testimonios rendidos por los señores Luis Enrique Ávila Quintero, Cedenia Medina Tapias y José Ulises Pinto Gómez.

Señala el testigo **Luis Ávila Quintero** que las funciones que desempeñaba la actora era de acuerdo a los turnos asignados en portería de 6 a 2pm, de 2pm-10pm y de 10pm a 6am que eran asignados por él mismo pues estaba adscrito a la parte operativa y que las funciones propias del cargo Control transporte era *de recibir la tasa de uso y llevar el control de planilla donde ingresa el número de vehículo, placa y número de pasajeros y que el Jefe inmediato era el Subgerente Operativo, quien era Jesús de la Hoz.* Situación que corrobora la testigo **Cedenia Medina** pues era compañera de la demandante en el Cargo de Control Transporte, aseverando que las funciones desempeñadas eran *de revisar la tasa de uso llevando todos los datos del vehículo, las pruebas de alcoholimetría en diferentes turnos que le eran asignados.*

A su vez, ambos testigos afirman que conocen al señor Luis Jiménez y Dilia Castaño, pues eran compañeros de trabajo de Control Operario. Y que el señor Luis Jiménez estaba ya en el cargo de Control antes de la reestructuración y que

no existía ningún requisito específico para el puesto pues algunos eran profesionales y otros bachilleres.

El tercer testigo **José Ulises Pinto** afirma que conoce a la exfuncionaria Doris porque era operaria de cámaras y el 20 de diciembre de 2010 por reestructuración administrativa y por la edad y semanas cotizadas era pre pensionable y pasó a ocupar el cargo de Control de Transporte.

Analizando en conjunto las pruebas obrantes en el proceso, verifica esta Sala que las pruebas testimoniales son coherentes y concordantes al aseverar que la actora DORIS SUSANA GUERRERO ROMERO ejercía el cargo Auxiliar Administrativo y que posterior, en diciembre de 2010 se dio una Reestructuración Administrativa en la entidad demandada y como la actora era pre pensionable, pasó a desempeñar funciones en el cargo de Operaria Control o Control Transporte.

Ahora bien, la recurrente afirma que sólo se valoró los testimonios sin tener en cuenta que estos no hacían parte del área de recursos humanos que permitieran valorar el Factor Eficiencia de la Actora y que los testigos Luis Ávila y Cedenia eran testigos de oídas. Además, que el señor Luis Jiménez devengaba más porque tenía *derechos adquiridos*.

(...)

De la jurisprudencia en cita y según las pruebas aportadas al proceso se evidencia en primer lugar que, si bien los testigos no hacían parte de manera directa al área de recursos humanos para determinar si la demandante tenía algún seguimiento o que su trabajo no era eficiente, no es óbice, para que los testigos no sean valorados, pues eran ellos quienes compartían con la demandante en el puesto de trabajo, refiriéndonos propiamente a la señora Cedenia.

Además, quién puede determinar dicha eficiencia, si quien estaba asignado al área operativa y quien fijaba los turnos a los trabajadores del área de Control Transporte era el señor Luis Ávila, testigo que asegura que la actora realizaba de manera puntual su labor.

Ahora bien, señala la demandada que el señor Luis Jiménez devengaba más que la actora pues tenía ya derechos adquiridos al llevar mayor tiempo laborado, empero a ello, la demandada no cumplió con la carga de la prueba al determinar que el criterio de antigüedad soporta esa diferencia salarial entre la demandante y los trabajadores como Luis Jiménez, con quien se compara la actora.

(...)

Concluyendo y realizando un análisis en conjunto las pruebas testimoniales y documentales obrantes en el proceso, concluye la Sala que las mismas arrojan

plena certeza para determinar que la señora Doris Susana Guerrero Romero, desempeñó el cargo y funciones propias de *Operario de Control Transporte* desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 10 de diciembre de 2014."

(...)

Conforme a lo anterior, se analizarán las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 10 de diciembre de 2014.

(...)

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

(...)

A la luz de la anterior línea jurisprudencial y una vez analizada el rubro probatorio, sobre todo las razones que adujo la demandada, la Sala advierte que la demandada no actuó con malicia, engaño o intención de obrar en provecho propio y en perjuicio de la actora, pues a pesar de que actuó con error, tuvo la convicción de haber satisfecho todas las obligaciones nacidas del contrato de trabajo y de aquella restructuración administrativa efectuada para el 21 de diciembre de 2010, pues, en aras de salvaguardar los derechos de la actora, la posicionó en un nuevo cargo, devengando un salario inferior a las funciones desempeñadas. Por lo que sus argumentos justifican su proceder y en consecuencia absolverá por tal concepto a la entidad demandada, pues no se encuentra vestigio de mala fe, además de que la cantidad adeudada es irrisoria comparada con lo cancelado a la actora, al momento de liquidar sus prestaciones definitivas, por lo que se revocará la sentencia apelada en este aspecto."

DECISIÓN: Modifica decisión apelada. Revoca numeral 3° de la sentencia y absuelve por sanción moratoria. Condena pago diferencias salariales.

M.S: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Radicación: 080013105005201600425-01 / Número interno: 64360-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: PENSIÓN SANCIÓN- Reconocimiento a quien no le fueron realizadas cotizaciones al sistema general de pensiones por parte de su empleador/
COMPARTIBILIDAD PENSIONAL- Opera en caso que Colpensiones reconozca a la actora con posterioridad pensión de vejez.

FECHA: Diciembre 3 de 2019

DEMANDANTE: Rafael Gonzalo Jimenez Avila

DEMANDADO: Banco Popular S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la parte actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión sanción a cargo de la demandada, como quiera que dentro de la relación laboral existente entre ellas, ésta no efectuó cotizaciones en pensión a favor de su empleada.

Extractos:

“La pensión sanción fue estatuida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 171 de 1961, la cual contemplaba, en su artículo 8, esta prestación así:

“...Art. 8º El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere sin justa causa después de quince (15) años dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiera cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a pensión pero solo cuando cumpla los 60 años. ... “

Posteriormente, la misma en tratándose de trabajadores oficiales fue regulada por el artículo 74, numeral 1 del Decreto 1848 de 1969.

Es menester señalar, que con la expedición de la ley 50 de 1990, artículo 37 que subrogó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, prácticamente desapareció del ordenamiento legal la pensión sanción, pues para aquellos empleadores que afiliaran a sus trabajadores al I.S.S. quedaban subrogados en este, y en caso de que las cotizaciones realizadas no fueran suficientes para alcanzar la pensión de vejez, la obligación era seguir cotizando y no el reconocimiento directo de la pensión, también es cierto, que ello fue para los trabajadores del sector privado, quedando vigente para el sector oficial, en armonía con el artículo 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969, hasta la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el 1 de abril de 1994, así los expresó la Sala Laboral Corte Suprema de Justicia en sentencia 35486 del 1 de marzo de 2010.

El artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, es del siguiente tenor: *Pensión en caso de despido injusto.*

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. **(Declarada nula la frase que dice: "... o varias entidades..." entre comillas. Consejo de Estado, fallo del 12 de noviembre de 1981).**

2. Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.

3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, son requisitos para acceder a la pensión sanción:

1. Ser despedido sin justa causa.
2. Haber laborado durante (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, establecimientos públicos, empresas del Estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional.
3. Retiro voluntario después de 15 años de servicios

Y el momento para entrar a disfrutar de esta pensión será:

1. Desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.
2. La pensión sanción, desde sus orígenes, fue eminentemente de carácter indemnizatorio y no un beneficio prestacional, en la medida en que se trataba de una pena que se le imponía al empleador que frustraba la expectativa que tenía

el trabajador de jubilarse. Actualmente, y teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993, se acoge el criterio que había establecido el ISS y la jurisprudencia según el cual la pensión sanción tiene carácter prestacional, al igual que la de vejez, y no indemnizatorio. En consecuencia la pensión sanción quedó eliminada y sustituida por la de vejez, para los trabajadores que se encontraban afiliados al ISS.

Pero, no obstante lo anterior, si el trabajador tenía más de 10 años al servicio de la empresa, sin haber sido afiliado al sistema, y era despedido injustamente, tiene derecho a que el empleador le reconozca una pensión, siempre y cuando cumpliera con el requisito de la edad, en caso contrario, la pensión se otorgará luego de cumplida aquella. Ello quiere decir, que la pensión sanción no ha desaparecido de nuestro sistema legal, porque aún se impone cuando se presentan situaciones como la antes anotada, siempre y cuando el vínculo laboral hubiese culminado bajo la vigencia de la Ley 171 de 1961 o del Decreto 1848 de 1969.

En ese sentido, y al observar el material probatorio que obra en el plenario, se colige que el demandante nació el 23 de octubre de 1953 (folio 8), Que ingresó a laborar el 23 de julio de 1974, (folio 9 a 11); el cargo que desempeñaba el actor era de Supernumerario hasta el 01 de enero de 1991, con una interrupción de 94 días, que presentó renuncia al cargo el 01 de enero de 1991, tal como se desprende de la documental obrante a folio 16.

Sentado lo anterior, procede la Sala primeramente a determinar cuál es la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión sanción que se deprecia en la demanda y posteriormente establecer la viabilidad de dicha prestación, de conformidad con la norma que la regule.

Es menester indicar que la jurisprudencia ha enseñado que en reclamaciones como las que nos ocupa, la pensión sanción debe examinarse a la luz de la norma vigente al momento en que se produjo la desvinculación laboral. Criterio que ha sido sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras providencias, en la fechada 1° de marzo de 2010, Rad. No. 35486, M.P: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, la del 27 de junio de 2012, Rad. No. 40785, M.P: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, sentencia del 10 de abril de 2013, Rad. No. 55500, M.P: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

(...)

Pues bien, siendo la fecha de desvinculación del demandante el 01 de enero de 1991, la norma aplicable al caso, por estar vigente en ese momento, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, antes transcrito.

Así las cosas, al haber tenido el actor la condición de trabajador oficial, haberse retirado voluntariamente el 01 de enero de 1991, y contar con un tiempo total de servicios de 16 años, 02 meses y 05 días, es beneficiario de la pensión restringida prevista en el art. 8 de la L. 171/1961, por lo que le asiste derecho a la prestación deprecada, máxime cuando no se aportó al plenario prueba que el actor hubiese sido afiliado por su empleador al Sistema General de Pensiones, y no registra aportes para el periodo en que se desarrolló la relación laboral (fol. 15). Corolario de lo anterior, se impone confirmar la decisión del a-quo en este aspecto.

No obstante lo anterior, en el evento en que Colpensiones llegase a reconocer pensión de vejez se aplicará la compartibilidad de la pensión sanción acorde con lo dispuesto en el art. 17 del Acuerdo 049 de 1990, por lo tanto, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

En lo atinente a la cuantía o monto inicial de la pensión se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 171 de 1.961.

(...)

Una vez realizadas las operaciones matemáticas respectivas con base en las orientaciones de la norma transcrita, el salario promedio devengado por el actor en el último año de servicio –Fls. 14, una tasa de remplazo del 60,68% proporcional al tiempo de servicio y las fórmulas aplicadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia, en las sentencias fechadas 12 de noviembre de 2.014, Rad. No. 38048, M.P: LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS y del 4 de febrero de 2.015, Rad. No. 47495, M.P: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN; se obtuvo que el monto inicial de la pensión, debidamente actualizada al 23 de octubre de 2.013, asciende a la suma de \$1.223.567,12 suma que resulta inferior a la tomada por el A-quo, debiéndose en consecuencia modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto, dado que el a-quo tuvo como tasa de remplazo el 62,56% al no efectuar el descuento del tiempo no laborado (3 meses y 5 días) durante la relación laboral, en consecuencia se condena al pago del retroactivo pensional el cual asciende a la suma \$118.135.479,36 hasta el 31 de octubre del año presente año, sin perjuicio de las mesadas que en lo sucesivo se causen, suma que deberá ser indexada al momento del pago.”

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Condena al pago de pensión restringida de jubilación. Ordena retroactivo pensional y compartibilidad con pensión de vejez, en caso de ser reconocida.

M.S: Dr. ARIEL MORA ORTIZ

RADICACIÓN: 08-001-31-05-006-2016-00401-00 / Número Interno: 66048 – F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: IUS VARIANDI- Facultades del empleador para modificar las condiciones de trabajo: **EJERCICIO ABUSIVO-** Desarrollo jurisprudencial/ **FUERO SINDICAL-** Acción de reinstalación-Traslado/ **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DESPIDO-** No se requería por ausencia de vulneración de las condiciones laborales, aún modificadas/ **PAGO DE JORNADA EXTRAORDINARIA-** No constituye un derecho laboral, sino un deber del empleador de remunerarlo cuando las circunstancias así lo determinan

FECHA: Noviembre 19 de 2019

DEMANDANTE: Deibis Fontalvo De La Cruz

DEMANDADO: C.I. PRODECO S.A.

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, el demandante considera que se le vulneró la garantía foral de la que gozaba al desmejorarle sus condiciones laborales, por el hecho de dejar de percibir el pago de horas extras, nocturnas y dominicales que devengaba en el desarrollo del cargo que venía desempeñando antes de la modificación de sus funciones.

Extractos:

“Efectivamente, en el sub lite, el actor se duele, por un lado, del ejercicio abusivo de la facultad del ius variandi por el empleador, al desmejorar sus condiciones laborales por el hecho de haberle asignado las funciones que corresponden al cargo de “Entrenador” y realizar labores distintas, incluso, a las de éste, en comparación con las que ejerció en el que tenía asignado con anterioridad de “Maquinista”, sin que previamente hubiere acudido a promover el respectivo proceso de fuero sindical a fin de obtener la licencia judicial para ello.

Como cuestión de primer orden, cumple advertir, que la facultad que tiene el empleador para realizar frente al trabajador, modificaciones sobre la prestación del servicio, en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo es clara emanación del poder subordinante que le confiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Con todo, no es de ningún modo, una atribución absoluta e ilimitada que habilite al empleador para desconocer arbitrariamente los

derechos de sus trabajadores. En consecuencia, para los efectos que conciernen al uso de esta facultad el empleador tiene como límite el respeto a la dignidad del trabajador, sus derechos y las condiciones laborales que tenga adquiridas bajo la vigencia del contrato de trabajo celebrado con éste. Dicho de otro modo, el empleador no puede utilizar la figura del *ius variandi* para variar las condiciones del contrato pactadas con sus trabajadores.

Dentro de los aspectos de mayor relevancia en el ejercicio del “*ius variandi*” se encuentra la facultad del empleador de ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial), pero siempre con el respeto de las directrices limitantes como lo expuso la Corte en la sentencia T-682 del 10 de septiembre de 2014, MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Podemos ver entonces que aunque no exista normativamente un desarrollo del concepto “*ius variandi*”, ha sido a partir de la resolución de casos concretos como a nivel jurisprudencial se han establecidos reglas para el ejercicio de esta facultad. En la jurisprudencia constitucional, se considera abusiva el ejercicio de esta potestad en las siguientes hipótesis:

(i). Cuando de manera abrupta e inconsulta se realiza un cambio de funciones a un trabajador y se demuestra que con dicha situación se afecta su dignidad, pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral.

(ii). Cuando el empleador - público o privado-, en ejercicio del poder subordinante, modifica sin justificación alguna y de manera unilateral, la sede donde se desarrolla el trabajo.

Asimismo, la Corte Constitucional ha incluido como criterio para establecer la racionalidad del ejercicio de este poder del empleador, la ponderación de las siguientes situaciones⁴:

- (i) Las circunstancias que afectan al trabajador,
- (ii) La situación familiar,
- (iii) El estado de salud del empleado y el de sus allegados,
- (iv) El lugar y el tiempo de trabajo,
- (v) Las condiciones salariales,
- (vi) El comportamiento del trabajador durante la relación laboral y;
- (vii) El rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto.

(...)

⁴ Entre muchas otras, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-483 de 1993, T-503 de 1999, T-1156 de 2004 y T-797 de 2005.

En este orden de ideas, solo cuando se observe que el ejercicio de la potestad de variación de las condiciones del contrato obedezca a móviles inexistentes, o comporten desconocimiento de las condiciones más beneficiosas establecidas por el contrato de trabajo, o haga por cualquier modo ostensible un ejercicio desbordado de la citada facultad, podría concluirse que su ejercicio es abusivo y, por consiguiente, hay lugar a restablecer las condiciones del contrato. Naturalmente, que la prueba de tales circunstancias incumbe a quien las aduce o invoca.

(...)

En el caso bajo estudio, no cabe hesitación alguna que el demandante antes del 16 de junio de 2016 ejecutaba funciones como MAQUINISTA. De acuerdo con el manual de funciones allegado por la demandada, la misión de este cargo es la de **“Operar el tren a través de la vía férrea de acuerdo con el ROFF, itinerario, boletines de operación, tablas de tiempo, procedimientos de operaciones, seguridad industrial y ambiental establecidos por la compañía para garantizar la entrega oportuna de la carga y el buen estado de los equipos bajo su responsabilidad”** (fls. 104-107)

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 14 de junio de 2016, no sólo se le comunica al trabajador acerca de la terminación de su contrato de trabajo con justa causa, condicionada a la obtención del previo permiso judicial, sino sobre la nueva asignación de funciones en el cargo de ENTRENADOR, consistentes en **“instruir, capacitar y evaluar las competencias al personal de la operación férrea en todo lo relacionado con temas de seguridad industrial y operación de trenes”**, a partir del 17 de junio de 2016 (fl. 33)

De lo anterior, se advierte que, ciertamente, el demandante fue asignado a la realización de labores o funciones diferentes a las que realizaba como Maquinista de la empresa y en el cargo de Entrenador. En consecuencia, la Sala deberá establecer si el cargo de entrenador y las funciones que a éste corresponden, así como las que efectivamente realiza, son lesivas de las condiciones laborales que ostentaba antes de producirse el cambio funcional y, consecuentemente si para ello estaba obligado el empleador a solicitar la previa autorización judicial, en razón de la acreditada condición de aforado sindical.

En el proceso fueron recaudados los interrogatorios de las partes y las declaraciones de los testigos citados al proceso (...).

También fueron incorporados al proceso las documentales que fungen a folios 225 a 438 que contiene el análisis gráfico de las operaciones de los trenes y de las comunicaciones vía correo electrónico cursadas sobre ese aspecto

específico, entre el demandante y Gina Lombardi, así como el registro de asistencia a las actividades programadas por la empresa, relacionadas con la misma actividad.

De acuerdo con lo que es posible inferir de los medios probatorios incorporados al proceso, no observa la Sala que el cambio de funciones al demandante comporten una afectación de su dignidad, ni menos aún desmejora de sus condiciones laborales, pues por el contrario, las nuevas que ejerce son cualitativamente representativas de un mejor ambiente laboral, toda vez que su jornada laboral se encuentra dentro de los límites permitidos por la ley, esto es, no excede el promedio de las 08 horas al día, ni ocurre en horario nocturnos y/o en días de descanso obligatorio. Tampoco implica desplazamientos desde el lugar de su sede laboral a los lugares donde se produce la extracción del mineral, situaciones todas que, en conjunto, determinan para él una mejor calidad de vida. Adicionalmente, los dos días de descanso del que goza actualmente le permiten mayor disposición de tiempo libre para el sosiego familiar sin que por otra parte, su salario se hubiese disminuido. Por último, tampoco es posible deducir que el cargo de “Maquinista” que desempeñaba se encuentre en un nivel superior al que actualmente desempeña, pues ambos se encuentran dentro del nivel operativo.

Ahora bien, el hecho de que en ésta nueva labor su remuneración resulte inferior al que devengaba, no es por cosa diferente a que ese pago adicional al básico, es o fue la justa compensación al trabajo extraordinario y en días de descanso obligatorio que realizaba, lo que desde luego, no entraña para él ningún derecho sino por el contrario una obligación para el empleador de remunerarlo cuando por las circunstancias o necesidades de la empresa se torne necesario.

Dicho de otro modo, ninguna desmejora de las condiciones laborales puede derivarse de la eliminación del trabajo extraordinario ni en días de descanso obligatorio, pues la finalidad del legislador al incrementar ostensiblemente su costo no es otra que el desestimular el empleo o uso indiscriminado de trabajo adicional, en aras de preservar la salud de los trabajadores.”

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Absuelve a la demandada de las pretensiones. Costas en ambas instancias.

SALA PENAL

M.S: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Radicación: 08-001-60-01-055-2015-04198-04/ Número interno: 2019-00210-P-CR



TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: HOMICIDIO CULPOSO- Solicitud de Preclusión/**INDEMNIZACIÓN INTEGRAL-** Cuando el daño es reparado en su totalidad por un tercero (aseguradora)/ No es posible obtener doble indemnización con el autor o partícipe del daño/**CONTRATO DE TRANSACCIÓN-** Consentimiento de la víctima para su suscripción no se demostró que estuviere viciado

FECHA: Diciembre 5 de 2019

PROCESADO: Wilson Alfonso Santamaria Ortiz

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, el representante de las víctimas apeló la decisión de instancia puesto que considera que el procesado no respondió por los daños causados por el accidente, por lo tanto, considera que no debió accederse a la preclusión de la investigación.

Extractos:

“Se tiene entonces que el tema a tratar se circunscribe a la solicitud de preclusión de la investigación que se cierne sobre el señor WILSON ALFONSO SANTAMARIA ORTIZ, con ocasión de un accidente de tránsito, ocurrido el 22 de Junio de 2015, siendo las 02:30PM., a la altura del kilómetro 61, vía al mar, cerca al peaje de Puerto Colombia, entre un tracto camión, conducido por el premencionado procesado y un camión, manejado por el señor ALDEMAR RAMON MARRUGO MIRANDA, del que se sostiene que éste último invadió el carril y chocó de frente con el primer, falleciendo en el hospital de Juan de Acosta a donde fue trasladado, determinándose que, la causa de la muerte fue trauma por accidente de tránsito, politraumatismo mayor, de manera violenta.

(...)

Y, al margen de las pesquisas investigativas que se pudieron haber adelantado, se presentó solicitud de preclusión, por la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal por indemnización integral, a las voces del Art. 332, N° 1 de la Ley 906/04, amén de la transacción hecha entre la compañera del fallecido, en representación propia y de sus menores hijos con la compañía Allianz seguro S.A., en la que con ocasión de la póliza de seguro N° 21553554, por concepto de indemnización de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados con el accidente que viene en mención, por valor de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), con la condición de parte de la familia del occiso de desistir de todas las acciones legales, sin distinción alguna, por lo que hace parte la causa penal o la presente acción.

Lo anterior objeto de varias discusiones a través de la jurisprudencia y de la doctrina, resulta perfectamente admisible, ya que, el artículo 82 del Código Penal, en su numeral séptimo contempla como causal de la extinción de la acción penal cuando se haya indemnizado integralmente. Y, a las voces del art. 42 de la Ley 600 de 2000, que por integración normativa, principio contenido en el artículo 25 de la Ley 906/04, al que se recurre se tiene que dice que: **“EN MATERIAS QUE NO ESTÉN EXPRESAMENTE REGULADAS EN ESTE CÓDIGO O DEMÁS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, SON APLICABLES LAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y LAS DE OTROS ORDENAMIENTOS PROCESALES CUANDO NO SE OPONGAN A LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO PENAL”**.

La Ley 600/00 es un código de procedimiento vigente todavía en este país, de manera que puede recurrirse a él. El artículo 42 de esa codificación a la letra reza:

“(…) EN LOS DE HOMICIDIO CULPOSO (…) CUANDO NO CONCURRA ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA CONSAGRADAS EN LOS ARTÍCULOS 110 Y 121 DEL CÓDIGO PENAL, (…) LA ACCIÓN PENAL SE EXTINGUIRÁ PARA TODOS LOS SINDICADOS CUANDO CUALQUIERA REPARE INTEGRALMENTE EL DAÑO OCASIONADO (…) LA REPARACIÓN INTEGRAL SE EFECTUARÁ CON BASE EN EL AVALÚO QUE DE LOS PERJUICIOS HAGA UN PERITO, A MENOS QUE EXISTA ACUERDO SOBRE EL MISMO O EL PERJUDICADO MANIFIESTE EXPRESAMENTE HABER SIDO INDEMNIZADO.”(El destacado es de la Sala).

Es decir, la aplicación de ese artículo no es del todo descabellado, ni extravagante, es totalmente viable, máxime que como viene de verse ese código está vigente y vía integración de que trata el Art. 25 de la Ley 906/04, es plausible acudir al contenido de la norma que viene en reproducción, sin necesidad siquiera de acudir al principio de favorabilidad, que de todas maneras es universal y que en materia penal la Ley que resulte más beneficiosa, se aplicará de preferencia, acorde con el artículo 6 de esa codificación en mención, que a saber dispone: **“(…) LA LEY PROCESAL DE EFECTOS SUSTANCIALES PERMISIVA O FAVORABLE, AUN CUANDO SEA POSTERIOR A LA ACTUACIÓN, SE APLICARÁ DE PREFERENCIA A LA RESTRICTIVA O DESFAVORABLE (…)”**, de modo que, más si es anterior tiene un efecto ultractivo que también lo ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada, así como la doctrina; la norma hace salvedad en que sea posterior, porque bien pudiera argumentarse que la Ley 906/04 no reglamentó la indemnización integral, desde que el principio de aplicación de esta Ley se venía resolviendo también por vía del principio de oportunidad.

Y, en asuntos como el que nos ocupa, esto es, cuando se trata de un HOMICIDIO CULPOSO, enseña que la acción penal se puede extinguir cuando se haya reparado el daño integralmente, como se lee en el numeral séptimo del Art. 82

del estatuto punitivo que viene en mención y se encuentra respaldado por el literal C) del Art. 11 de la Ley 906/04, que es del siguiente tenor:

“EL ESTADO GARANTIZARÁ EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO (...) C) A UNA PRONTA E INTEGRAL REPARACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, A CARGO DEL AUTOR O PARTÍCIPE DEL INJUSTO O DE LOS TERCEROS LLAMADOS A RESPONDER EN LOS TÉRMINOS DE ESTE CÓDIGO”.(El destacado es de la Sala).

De suerte que, es posible que en los términos de los dos sistemas de enjuiciamiento criminal vigentes en Colombia y, en consonancia con el estatuto punitivo se pueda extinguir la acción penal por indemnización integral, como a la sazón lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las decisiones con Rad. N° 55285, 35946, 43984, 50334.

Máxime que la Fiscalía hace algún tiempo disponía regularmente del mecanismo del principio de oportunidad para resolver estos asuntos finalmente ante el juez de control de garantías, pero nada impide que también puedan llevarse ante el juez de conocimiento por vía de la solicitud de preclusión, que es la que nos ocupa ahora.

Y, en este asunto, se hizo a través de un contrato de transacción, sobre el que valga la pena anotar que, los efectos de éste se identifican con los que Allianz seguro S.A y la víctima en nombre propio y en representación de sus hijos quisieron que se produjera; contrato que tiene fuerza obligatoria a las voces del Art. 1602 del Código Civil, según el cual: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

Pero es que además, si lo que se cuestiona es quién pagó y por qué lo hizo una empresa de seguro, ello no tiene punto de quiebre ninguno, máxime que el fin de esas compañías es el amparo de estas eventualidades, que además aquí viene respaldado por la víctima y sus representados, de suerte que se entienden como satisfechos sus derechos y de sus menores hijos; sumado a que, no es cierto que la comprensión del pago sea por un amparo distinto al accidente, pues lo contrario es lo que se desprende de ese negocio jurídico en su numeral segundo; en este mismo sentido.

Con toda la consideración que siempre nos merece las víctimas, es posible afirmar que tal vez después que se firmó o se consintió, se puedas estar sintiendo que el monto de la indemnización no alcanza a cubrir el daño por el problema de que la vida de una persona puede tener un valor inconmensurable y que probablemente la suma no represente el suficiente significado de valor, pero esas

son cosas que deben reflexionarse antes de estampar una firma y aceptar unos términos. Aquí nada indica que la señora hubiere sido coaccionada, engañada, constreñida. Es posible entender que ahora entiende que la devaluada moneda colombiana, si anteriormente hace 20 o 30 años con cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) se compraba una casa, dos o tres carros, ahora esa cifra no representa un patrimonio, sin embargo, no hay un indicio que el consentimiento hubiere estado viciado.

Lo sucedido y que ahora se cuestiona es propio de la progresión humana que pasa de aquella Ley del talión al resarcimiento, que puede ser a través de una transacción, que supone que hay un acuerdo a través del cual se renuncia de la persecución penal, través del compromiso traducido en el pago, amén de la ocurrencia de un delito que es fuente de obligaciones; obligaciones que se extinguen por diversas maneras, entre ellas, la transacción, en la que al tenor de la normativa civil, que es la que más se aproxima a estos eventos como el que nos ocupan, implica un negocio, por medio del cual, las partes terminan un litigio, como a la sazón quedó consignado en el plurimentado contrato en el numeral cuarto, en el que se convino que *“hemos llegado a un acuerdo económico **TOTAL Y DEFINITIVO** por concepto de **INDEMNIZACIÓN DE TODOS LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRA PATRIMONIALES, OCASIONADOS POR EL ACCIDENTE ANTES MENCIONADO** (...)*”.

De modo que, no se trata que haya habido subrogación o que quien no estuviese obligado a un pago lo hubiere hecho, sino que más bien, se corresponde con el cumplimiento de lo que se pactó, generado de una póliza que amparaba eventos de fallecimientos y que, ahora se pretende desconocer, cuando hay obligatoriedad de ese negocio.

Y, que aparece en sintonía con los requisitos de procedibilidad de la extinción de la acción penal, de que se habló, entre otras, en la decisión con Rad. N° 41481, en la que se señala que ello es posible y plausible, cuando se haya dado una indemnización integral, amén de acuerdo de las partes sobre su valor o, en su defecto, la manifestación expresa sobre la satisfacción total de los perjuicios causados, como aparece en el contrato de transacción.

(...)

Dinero que fue entregado a satisfacción y que se entiende como reparación integral efectiva y, siendo que no se dijo que por ejemplo en la base de datos de la Fiscalía General de la Nación figura el señor WILSON SANTAMARIA CRUZ como beneficiario de preclusiones o cesaciones de procedimiento por indemnización integral durante los cinco años anteriores, que pudiese haber sido el único punto de quiebre, de manera que, nada impide que se acceda a la preclusión conforme fuere presentada, aprobada en sede de primera instancia y que ahora

ha de ser confirmada por esta Sala, amén de las explicaciones que vienen dadas y sobre todo, porque se trata de una causal de extinción de la acción de naturaleza objetiva, como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la decisión con Rad. N° 9660.”

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Radicación: 080016001257-2107-01204-02 /Número Interno: 2019-000108-P-

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: PRECLUSIÓN A FAVOR DE DEFENSORA DE FAMILIA- En su actuar no se vislumbra conducta dolosa/ **ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN DERECHO DE FAMILIA-** La indiciada dio el trámite correspondiente a cada una de las solicitudes elevadas por la denunciante

FECHA: Noviembre 29 de 2019/ **AUDIENCIA DE LECTURA: Enero 15 de 2020**

PROCESADO: María De Las Mercedes Palencia Tovar

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, se estudia el recurso de apelación formulado por la Fiscalía quien considera que la actuación de la Defensora de Familia se encuentra dentro de los presupuestos procesales para decretar la preclusión de la investigación.

Extractos:

“En el sub judice, la Fiscalía Delegada ante este Tribunal, solicitó la preclusión de la indagación, a favor de la defensora de familia María de las Mercedes Palencia Tovar, bajo el presupuesto que no hay dolo en su actuar y que el solo vencimiento de términos no constituye el delito denunciado.

Pues bien, a la Defensora de Familia denunciada doctora María de las Mercedes Palencia Tovar, le correspondió conocer primeramente la asistencia y acompañamiento por un presunto caso de violencia intrafamiliar en la persona de Dilia Rosa Fonseca, trámite en el que la hoy denunciante relató también un presunto abuso sexual a su hijo por parte de su progenitor, por ello, la indiciada en su calidad de Defensora de Familia emitió auto de apertura de investigación No. 037 de 26 de marzo de 2015.

Asimismo, se observa que la Defensora de Familia, hizo lo propio al informar a la Fiscalía sobre la denuncia en delitos sexuales, sin embargo, como se señaló que el delito se cometió en España, se remitió el asunto a la autoridad competente.

También vislumbra la Sala que la Defensora denunciada, inició trámite de fijación de cuota alimentaria y presentó demanda de alimentos el 4 de junio de 2015, así como siguió con el trámite de restablecimiento de derecho del menor, y de esta manera el 23 de junio de 2015, emitió auto que ordena llevar a cabo audiencia de fallo el 30 de junio de 2015, emitió Resolución No. 1387 de vulneración de derechos el cual fue notificado en estado, confirmó la ubicación del niño en su medio familiar de origen a cargo suyo como madre biológica por ser garante de derechos, como también ordenó seguimiento en trabajo social, nutrición y psicología, verificando que el niño se encontraba en sus derechos garantizados en su medio familiar.

Por otro lado, a la indiciada también le correspondió conocer de la Restitución Internacional del niño, la cual formuló su padre, señor Leandro Ramón Pérez Bedia, frente a ello, la doctora María de las Mercedes, avocó el conocimiento el 17 de noviembre de 2015, ordenando adelantar las actuaciones administrativas requeridas, por lo que contactó a la señora Dilia Rosa Fonseca Ortíz en procura del regreso voluntario del niño LN y verificación de los derechos del niño en mención.

Cabe anotar que la denunciante fue citada el 18 de noviembre del año 2015, y en dicha data se comprometió aportar constancia de estudio, vinculación a la EPS, carné de vacunación y a presentar al niño para llevar a cabo valoraciones psicológica, nutricional y social.

Sin embargo, de las actuaciones referidas esta Colegiatura no colige que se haya configurado el delito de prevaricato por omisión, es decir, no se observa que dolosamente la indiciada haya demorado el trámite de los asuntos, tampoco que haya “engavetado” el trámite como lo aduce la denunciante, máxime porque: (i) la solicitud de restitución internacional y fijación de cuota alimentaria, pasó del ICBF a estrados Judiciales para lo de su competencia; (ii) el proceso de restablecimiento de derecho, fue iniciado el 26 de marzo de 2015 y fallado el 30 de junio de ese año.

En consecuencia, se advierte la ausencia de los componentes de orden cognitivo y volitivo previstos en el artículo 22 del C.P., por lo cual se presenta un evento de atipicidad subjetiva frente al tipo penal del artículo 414 del C.P. en atención a los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes citados, lo que desestructura la conducta punible, en los términos del artículo 9º del C.P., por lo cual la Sala concluye que le asiste razón al

Fiscal Delegado en su petición, pues en nuestro ordenamiento la culpabilidad constituye un presupuesto de la responsabilidad penal.

Pues el mero incumplimiento de los términos no hace que se configure el prevaricato por omisión, aunado a que en un trámite tan complejo como el relatado, donde estaban en contienda dos personas de diferentes Países, resulta razonable el tiempo que transcurrió en el trámite de restablecimiento de derecho.

Así las cosas, el comportamiento de la Defensora de Familia María de las Mercedes Palencia Tovar, no se adecua al tipo de prevaricato por omisión, ya que de los medios de prueba aducidos se desprende que actuó de manera diligente durante el trámite del proceso administrativo que le correspondió conocer.

Conforme a las anteriores razones, esta Colegiatura revocará íntegramente la decisión apelada en su lugar accederá a la solicitud de preclusión invocada por el Fiscal Delegado."

DECISIÓN: Revoca la decisión apelada y en consecuencia precluir la indagación preliminar.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
RADICACIÓN: 0875860011062018000201/ Núm. Interno: 2019-00147 P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMAS: HOMICIDIO AGRAVADO – En persona puesta en estado de indefensión/ LEGÍTIMA DEFENSA- No se configuran los presupuestos/ **CIRCUNSTANCIA DE AGRESIÓN INJUSTA Y ACTUAL-** La soportó la víctima y no el procesado
FECHA: Octubre 30 de 2019 **AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO:** Diciembre 11 – 2019
PROCESADO: Gilmar Orellano Ruiz

Causa fáctica:

En el presente asunto, se estudia el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del procesado quien propugna por que al procesado se le reconozca la eximente de responsabilidad penal conocida como legítima defensa, amén que considera que las pruebas no evidencian el agravante impuesto por el juzgador de primera instancia, esto es, haber puesto a la víctima en una situación de indefensión.

Extractos:

“Pues bien, lo que observa la Sala y contrario a la tesis de la defensa técnica es que el procesado Gilmar Orellano Ruiz, había premeditado, construido y asumido que ante cualquier abordaje que le hiciera el interfecto el día de los hechos al llegar donde éste se encontrara *per se* generaría dar rienda suelta a esa intención nocendi para lesionarlo o representarse acabar con la vida de éste y esto porque no tiene sentido que se arme de una daga o instrumento filoso que esconde en sus prendas de vestir o con ocultamiento que estas prendas le brindaban a ese objeto corto punzante si se trata de compartir con un amigo que antecederamente jugaban futbol.

La regla general es que entre amigos y en punto de recreación ni siquiera tienen como norte portar instrumentos u objeto capaz de cegar la vida de un ser humano.

Pero esta regla general se exceptúa cuando se tiene enemigos y que potencialmente permite a una persona representarse que lo puede agredir, lesionar o dañar lo que provoca en su ánimo acudir a todos los medios posibles para repeler potenciales ataques y entre ellos hacerse de elementos corto punzantes.

Luego, si hay amistad entre procesado y obitado no había ninguna posibilidad para que Gilmar llegara armado donde Damar y mucho menos responder inicialmente ante una pregunta atrevida o insensata de la víctima si se quiere categorizar de esa manera y por contera lo que desnuda es disfrazar con el golpe de gatorade en su cabeza las verdaderas intenciones subyacentes en su psiquis y que exterioriza cuando ungido de esa circunstancia da rienda suelta a esos apetitos torvos incrustando la daga o instrumento filoso en la parte izquierda de la humanidad de la escogida víctima a quien en últimas mata, véase que los hechos, las evidencias y los testigos nos acompañan en estas conclusiones e incluso la misma doctrina sobre el tema de la legítima defensa y de cómo ha de ser:

*“Con mayor exigencia que al hablar del ataque en que basta que haya voluntad de agredir, debe exigirse aquí un animus de defensa. Cuando no haya voluntad de agresión nos encontramos con la defensa putativa; cuando no hay ánimos de defensa nos hallamos ante el pretexto de la legítima defensa. Fue Binding quien habló, con su vasta ilustración, de este importante asunto. **En efecto; si buscamos ex profeso ser agredidos, para vengarnos de secretos resquemores contra otro a quien sabemos excitable; si le excitamos o le provocamos con burlas, en voz baja, haciendo que el individuo explosivo saque un arma, para así matarle con todas las apariencias de una causa de justificación, no ejecutamos una defensa legítima, sino que la hemos buscado como pretexto y no nos será aprovechable**”* (Negritas y subrayado fuera del texto original).

También la jurisprudencia penal nos auxilia en el rechazo a la pregonada legítima defensa en exceso y ello se explicita desde el punto de vista de la epistemología que nace de un escrutinio crítico a las evidencias y pruebas recaudadas que convidan a sostener que el acusado, imputable por demás, llegó al sitio donde estaba Damar armado y que era una circunstancia que previó el occiso cuando le pregunta por tal condición y ello desembocó en un comportamiento no equilibrado a la pregunta y estalla un frasco de gatorade en la cabeza del obitado.

Esto así visto nos permite concebir que no es cierto lo que afirma el recurrente de que había equivalencia de medios físicos para agredirse recíprocamente entre interfecto y acusado – “palito” y daga o puñal- en razón a que las mismas evidencias denotan que la herida corporal del difunto en el lado izquierdo tiene aproximadamente ocho centímetros y ninguna lesión fruto del uso del palo o “palito” aparece constatada en este entramado procesal.

Ahora, si el procesado llega al sitio del acontecer delictual por sus propios medios físicos, consciente y con voluntad a ese destino territorial son esas mismas esferas psíquicas las que ante “el supuesto” ataque inmerecido e injusto del difunto lo guiaban a abandonar el mismo para salvaguardar su integridad física y su propia vida. Pero ello no ocurrió porque su teleología apuntaba a lesionar a Damar tanto que su progenitor y el testigo de ocasión señalan que ante lo iracundo y peligroso que se reflejaba sus sendas intervenciones para amainar o cesar las agresiones mutuas y observando que Gilmar tenía la daga les fue imposible cumplir con ese cometido.

Sin embargo, Gilmar si cumplió el suyo y que no era otro que lesionar a Damar previendo o dejando al azar el sitio de la humanidad en donde provocara una lesión profunda que sabía podía generar el instrumento filoso que portaba para esos menesteres.

Por último, decae también la tesis de la defensa técnica cuando aspira y espera que se le dé cabida a la legítima defensa en exceso y ello se explica a partir de una concepción dogmática de esta figura y circunstanciada a los hechos de ribetes notables para el derecho penal, en atención a que si ninguno de los testigos pudo apaciguar la reyerta porque lo impedía el uso del arma blanca y filosa que ostentaba en sus manos el acusado el día de los hechos nos hace presumir de manera cierta y atendiendo las reglas de la experiencia que no existía en contra suya una agresión actual e inminente porque si así fuese hoy estaríamos pensando o qué no decir juzgando a otra persona familiar, vecino de la víctima e incluso el mismo progenitor ya que bien podía ante el desequilibrio de la fuerza acudir a armas superiores a la que portaba el procesado e incluso de la misma categoría; si ello no ocurrió en ese escenario entonces la única de nuestro interés es aquella que segó la vida de Damar.

Nótese que el triunfo de la tesis del recurrente ni siquiera encuentra cabida en el comportamiento posterior a la lesión mortal que hiciera el acusado en la humanidad del interfecto en razón a que son los mismos policiales captadores – Jhonatan de Jesús Coronado Peña y Jahir Antonio Crespo González- en los testimonios rendidos en la audiencia de juicio oral los que afirman y revelan que al procesado se le capturó en un sitio cercano al lugar de los hechos cuando se daba a la huida y era perseguido por familiares y vecinos del obitado.

Esto sugiere pensar a la Colegiatura que la inminencia o la agresión actual que exige el Código Penal, para que surja o emerja de las evidencias la legítima defensa no lo era tan trascendental pues si la agresión del difunto con un palo no tenía esa magnitud y tampoco esta presunta agresión iba acompañada de actitud o actividad en el mismo sentido por parte de familiares y vecinos espectadores del desarrollo factual era perfectamente posible que el acusado en esa circunstancia huyera del lugar del acontecer para poner a buen recaudo su integridad física tal como lo hizo después de querer y advertir que había lesionado con el arma blanca que portaba a su contrincante y que por obviedad se representaba una alta probabilidad de cegar la vida de éste. Son estas consideraciones que marcan la senda del desecho o triunfo de la argumentación de la defensa técnica vía revocatoria del fallo de condena.”

DECISIÓN: Confirma íntegramente la sentencia condenatoria.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Radicación: 08-001-31-09-007-2019-00037-01/ Número Interno: 2019-00308-T-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de Tutela Segundo Nivel

TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Cuando la omisión de la autoridad pública encargada de su pago afecta los derechos fundamentales de una persona en estado de interdicción/ **SENTENCIAS JUDICIALES-** A pesar de su existencia, excepcionalmente, puede proceder el amparo constitucional

FECHA: Noviembre 14 de 2019

ACCIONANTE: Nubia Rosa Millán Padilla

ACCIONADO: Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Caso fáctico:

En el presente asunto, se advierte que la actora, persona enferma y sometida a interdicción judicial, promueve amparo constitucional a efectos de hacer efectivos los derechos reconocidos en decisiones judiciales ejecutoriadas que le habían concedido el pago de su derecho pensional.

Extractos:

“En busca del reconocimiento de su derecho prestacional (pensión de sobreviviente), la parte accionante agotó los medios de defensa judicial que estaban a su disposición, ya que como se encuentra probado en el expediente y no fue desdibujado por el accionado Fondo, adelantó el proceso ordinario laboral correspondiente en el cual se accedió a sus pretensiones mediante Sentencia del 30 de octubre de 2017; contra esta decisión se presentó apelación y fue modificada en favor suyo por la Sala 1 Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla el 27 de abril de 2018.

Ante el incumplimiento de lo ordenado, presentó un proceso ejecutivo laboral, en el cual se libró mandamiento de pago, seguir adelante la ejecución, aprobación de liquidación del crédito y se decretaron medidas cautelares, en procura del cumplimiento de la orden, sin que todo su esfuerzo produjera fruto alguno. Todo el anterior proceso se surtió a pesar de que la demandante es una persona de avanzada edad, pues en la actualidad cuenta con 56 años, con escasos recursos económicos y padece una compleja situación de salud, pues padece esquizofrenia paranoide y requiere de atención y tratamientos constantes, pues fue declarada interdicta debido a la enfermedad que la aqueja.

En esa medida, esta Colegiatura encuentra cumplido con suficiencia el requisito de subsidiariedad en atención a que la accionante agotó todos los medios de defensa judicial idóneos y eficaces que estaban a su alcance sin que con los mismos se lograra superar la vulneración a sus garantías fundamentales invocadas, es por ello, que Imponerle cargas procesales adicionales resulta desproporcionado y lesivo contra sus derechos fundamentales.

En jurisprudencia reciente y relacionada con el tipo de prestación que reclama la accionante, la Corte Constitucional de establecido su procedencia luego de haber agotado todos los mecanismo legales y administrativos a su disposición y que si bien en la mencionada situación se trata de una persona de la tercera edad no es menos cierto que igual condición de vulnerabilidad se predica de la señora Nubia Millan al ser discapacitadas y depender de manera definitiva de un curador, por tanto resulta oportuna traer a colación los dicho en esa oportunidad por la Corte, así:

“(…)

Específicamente, cuando se solicita el cumplimiento de sentencias que reconocen pensiones, la Corte ha considerado que resulta procedente la tutela si está de por medio la amenaza y vulneración del mínimo vital y, con este, la dignidad humana. En esa línea, se ha sostenido que los jueces y tribunales deben adoptar medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas involucradas. Así, en caso de que se requiera el pago efectivo de la pensión de vejez, se ha determinado que resulta procedente ordenar que el derecho reconocido se ejecute, lo que se traduce en “ordenar la inclusión en nómina”. Se trata de un derecho necesario para garantizar el mínimo vital y, con ello, la subsistencia digna de personas beneficiarias de la pensión de vejez. Es esta entonces “una excepción a la regla según la cual la tutela es improcedente si persigue el cumplimiento de sentencias que generan obligaciones de dar”.

En este escenario, el cumplimiento de las decisiones judiciales que reconocen la pensión de vejez exige salvaguardar los derechos fundamentales de quienes, por regla general, debido a su edad, son sujetos de especial protección constitucional y, en muchas ocasiones, esta prestación constituye el único recurso que les garantiza una vida digna dado que no tienen capacidad laboral para acceder a otro medio de subsistencia. En consecuencia, imponerles el indefinido y prolongado incumplimiento de la sentencia que han obtenido en su favor constituye una afectación potencialmente lesiva para sus derechos fundamentales y deja al individuo en una condición de indefensión y subordinación frente a la entidad encargada de pagar la pensión.”⁵

Más adelante y en esa misma providencia se concluyó que:

“El cumplimiento de las providencias judiciales constituye una garantía del Estado y de los derechos que se encuentren comprometidos, por ende, implica *per se* una obligación para las personas sobre las cuales se haya impuesto una orden. En esa medida, en principio, la persona en favor de quien se resolvió el conflicto, en principio, no debería estar abocada a iniciar otro proceso. No obstante, en caso de que se requiera, el proceso ejecutivo es el mecanismo judicial idóneo y efectivo para el cumplimiento de una orden, la cual funge como título ejecutivo. En todo caso, cuando este proceso no permita respaldar la fuerza coercitiva de las decisiones judiciales ni el respeto de los derechos fundamentales que mediante estas se encuentran protegidos, la acción de tutela se torna procedente.

Sin embargo, en el presente caso el accionante no solo tuvo que agotar el extenso proceso ordinario laboral y todas las instancias hasta llegar a casación, sino además la acción de tutela mencionada y, con posterioridad a ello el mentado proceso ejecutivo en el cual se presentó apelación e incidente de nulidad. Imponerle cargas adicionales al costo temporal y económico que le ha demandado este proceso al accionante resulta desproporcionado y

⁵ Sentencia T-404/18, Referencia: Expediente T-6.755.512, Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

abiertamente lesivo de sus garantías fundamentales. Por ende, si bien el operador judicial del proceso ejecutivo ha activado algunos de los mecanismos para hacer cumplir las órdenes por este dictadas, lo cierto es que persiste el incumplimiento sistemático de las providencias judiciales dictadas en el proceso ordinario y ejecutivo, y se requiere la protección urgente de los derechos fundamentales del accionante, situación que evidencia la procedencia de la tutela para que este juez constitucional imparta las órdenes pertinentes en procura de que cese la vulneración de sus garantías constitucionales y legales.

.... (..)

Pago de la pensión

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la garantía del cumplimiento de sentencias judiciales exige a los jueces y tribunales adoptar medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas involucradas. Puntualmente, en el caso de las pensiones, ha señalado que la tutela resulta procedente cuando el proceso ejecutivo carece de idoneidad y eficacia porque no ha permitido la efectividad del derecho y está de por medio la amenaza y vulneración del mínimo vital y, con este, la dignidad humana. En esa medida, se ha reconocido, reiteradamente por esta Corporación, que resulta procedente "*ordenar la inclusión en nómina*". En este sentido se ha considerado que "*(e)l pago de las pensiones se hace efectivo si previamente al mismo se realiza la inclusión en la nómina de pensionados*" que constituye un acto de trámite o preparatorio, no atacable en vía gubernativa ni susceptible de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de donde surge "*que el único medio judicial de defensa para la protección del derecho fundamental, es precisamente la acción de tutela*".

Es por todo lo anterior, que considera esta Corporación que el fallo del 2 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla, debe ser revocado a efectos de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora Nubia Rosa Millan Padilla quien actúa por medio de curadora definitiva Virginia Esther Milla Padilla, por consiguiente, en la parte resolutive se tomaran las medidas tendientes a la protección de tales prerrogativas."

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Ordena al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia que en el término máximo de (5) días adelante los trámites administrativos para la inclusión y pago de la actora en nómina de pensionados.

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

