



BOLETIN JURÍDICO No. 79
ABRIL - MAYO 2023

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

CONTRATO DE SEGURO- Póliza para amparar acreencias laborales/
SINIESTRO- Ocurrencia del hecho asegurado/ **CLAUSULADO DE LA PÓLIZA-**
No puede extenderse a situaciones diferentes a las condenas judiciales.

“Lo que esta en discusión es si esa conducta está de acuerdo con cómo fue definido el “Riesgo asegurable” asumido o amparado por Seguros Del Estado S.A. y consecuencialmente si ante la conversión de ese “riesgo” en un “Sinistro” la demandante tiene el derecho contractual de obtener de la aseguradora el reembolso de las sumas de dinero pagadas a esas personas con base en esos acuerdos conciliatorios.

Luego, definido ese aspecto, entonces se parte de las siguientes consideraciones generales referentes al contrato de seguro.

Teniendo en cuenta que la redacción de la Póliza debe establecer cuáles son las conductas, acciones u omisiones que se convierten en el “riesgo asegurado” (artículo 1047 numeral 9º del Código de Comercio), puesto que la compañía de seguros voluntariamente ha dado su consentimiento de asumir y ampararlos y la modalidad en que las cuales ha de retribuir al asegurado o beneficiario según el caso las pérdidas o menoscabos patrimoniales correspondiente, existen dos mecanismos redaccionales para explicitar esa voluntad de la aseguradora.

En ese orden de ideas, puede ocurrir y por regla general acontece que existe un conjunto de situaciones y circunstancias que pueden generar riesgos de deterioro y pérdidas en el patrimonio de una persona, pero que, por si solo ese cúmulo de posibles eventos no constituye “*riesgo asegurado en una póliza*”, pues ello no depende que esos peligros existan en la realidad social al momento de contratarla, sino que se expida el consentimiento expreso de la aseguradora de amparar uno o más de ellos.

Por ello, en ese clausulado, se generan o expresan en la redacción de cada póliza específica una serie de condicionamientos, descripciones, definiciones y explicaciones que de una manera u otra en forma positiva o negativa van delimitando cuáles son los eventos futuros e inciertos que se quieren amparar, determinando sus condiciones de tiempo, modo y lugar, lo que concluye en un marco más o menos general que puede incluir varios eventos amparados.

En el caso presente, se indica que entre Norcarbon S.A.S. y Sloane Mining Services Sucursal Colombia, se pactó que la segunda adquiriría a favor de la primera una póliza de seguro que garantizara el cumplimiento de una serie de eventos que se pudieran producir en el contrato de explotación de



la mina y que pudieren generar perjuicios económicos a la primera, estableciéndose en un forma genérica y abierta que esa póliza debía amparar el pago de las obligaciones laborales de los empleados contratados por Sloane Mining Services Sucursal Colombia.

“Cláusula trigésima primera. Sloane deberá contratar a favor de Norcarbon y mantener vigentes, las siguientes coberturas de seguros que se indican a continuación y enviar los documentos originales a Norcarbon

31.2 Cumplimiento de obligaciones laborales: Para garantizar el pago de las obligaciones laborales de los trabajadores que contrate Sloane para el cumplimiento del objeto del presente Acuerdo, por una cuantía equivalente a tres mil (3.000) SMLM. ...” (resaltado de esta Sala)

En cumplimiento de esas obligaciones Sloane Mining Services Sucursal Colombia tomó una Póliza de Cumplimiento con la compañía Seguros Del Estado S.A. cuyo cumplimiento se reclama en este asunto.

Empero, de acuerdo a las circunstancias de este litigio debe aceptarse y partirse para resolver lo pertinente del supuesto que en el aparte correspondiente a la asunción del riesgo correspondiente a las deudas laborales en la redacción de las estipulaciones de la póliza aquí analizada, que ésta no es igual a la del Acuerdo de explotación, pues en esta última se establecieron, al definir el “riesgo asegurado”, unas restricciones y condicionamientos, en que solo se garantizaba el pago de las generadas por eventuales condenas judiciales derivadas de reclamaciones de los trabajadores que haya contratado el contratista en su condición de único y verdadero empleador de los mismos.

Por lo que no se pactó como “riesgo asegurado” el pago de todas las acreencias laborales de Sloane, sino únicamente las declaradas o reconocidas en condenas proferidas en procesos judiciales.

(...)



En esa situación, el que Norcarbon hubiere pagado unas acreencias laborales generadas por los trabajadores de Sloane, pero no contenidas en unas condenas de sentencias laborales y por ello hubiere podido asumir un deterioro patrimonial, no puede considerarse un “*siniestro*” de la póliza aquí analizada y consecuentemente no tiene Seguros Del Estado S.A. la obligación contractual de reembolsar sumas de dinero a la actora por los conceptos de esas conciliaciones extrajudiciales.

No ha se alegado que los Documentos y estipulaciones de la póliza en su texto contengan algún tipo de expresión gramatical que pueda considerarse “*ambigua*” o “*confusa*” que haga necesario que el administrador de justicia entre a interpretarlos para extraer y definir su contenido y alcance, por lo que debe admitirse en que sus redacciones son muy claras y precisas al condicionar el amparo de la aseguradora a unas circunstancia de hecho y derecho diferentes a las que acontecieron en los eventos cuyo pago asumió Norcarbon.

No se menciona en el escrito de sustentación para estudiar la que hubiera podido ocurrir en etapa precontractual de esa póliza entre Sloanes y la Aseguradora ningún otro elemento de juicio diferente a la mera redacción de la obligación asumida por la primera en la cláusula 31 de ese Acuerdo, para justificar que el fallador se aparte del tenor de la cláusula del contrato de seguros, para ampliar su contenido al amparo del pago de “*todas*” las acreencias laborales.

Nada se menciona ni se acredita de cómo fueron las tratativas o conversaciones que pudo haber realizado Sloane con la aseguradora para adquirir esa póliza, para poder analizarlas y llegar a la cabal certeza de la “*intención*” de estas partes contractuales en el convenir el clausulado de los riesgos efectivamente asumidos por Seguros Del Estado S.A. ni siquiera se menciona que Norcarbon S.A.S. hubiere intervenido en esas conversaciones para plantear su punto de vista al respecto.

(...)



No existe entonces ningún elemento de juicio ni acervo probatorio que permita desconocer la voluntad expresada en la póliza y entrar a extender el amparo concedido a situaciones diferentes a las deudas reconocidas en condenas judiciales.

Al mantenerse la conclusión de la A Quo, que como se dijo antes, no fue controvertida por la recurrente, de que en el tenor del amparo concedido a Norcarbon S.A.S. está definido en el sentido que la compañía de seguros solo incluyó la protección de los pagos originados por las condenas laborales y que los dineros que se pretenden reembolsar en este litigio tuvieron su origen exclusivamente conciliaciones extrajudiciales, ello es suficiente para confirmar los numerales de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de Norcarbon S.A.S. frente a Seguros Del Estado S.A." (**Magistrado Sustanciador: Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres, Radicación Interna: 44.321, Mayo 2 de 2023**).

NATURALEZA INEMBARGABLE DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Excepciones consagradas por la jurisprudencia/ **RECURSOS GIRADOS POR EL ADRES A LAS IPS POR SERVICIOS PRESTADOS- Medidas Cautelares:** Resultan procedentes cuando busquen garantizar el pago de obligaciones directamente relacionadas con la actividad que el recurso busca financiar

"2.5. Con relación al segundo interrogante, esto es, si opera en contra de aquellos recursos alguna excepción a la pauta de inembargabilidad, han de realizarse las siguientes precisiones.

Dispuso la Corte Constitucional, en la sentencia C-313 de 2014 que el citado artículo 25 de la Ley 1751 de 2015, el cual consagra el carácter inembargable de los recursos públicos que financian la salud, debe ser



aplicado en consonancia con la jurisprudencia que la misma corporación ha desarrollado, por cuanto,

“la inembargabilidad no opera como una regla, sino como un principio y por ende no debe tener carácter absoluto”; que, en tal sentido, “(...) no pueden perderse de vista otros valores, principios y derechos constitucionales como la dignidad humana, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y el derecho al trabajo, entre otros”.

Antecedente que le sirvió para concluir en la mencionada decisión que, el principio de inembargabilidad se exceptúa frente a: (i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, (ii) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, y (iii) los títulos emanados del Estado, que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

Excepciones que tiene vía libre, incluso, respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico) tal como ocurre en el presente caso, donde se ejecutan facturas de venta expedidas a razón de la venta de medicamentos de alto costo.

Ahora, con relación con éstas excepciones se dijo por la juez a quo,

(...) que, si bien en un primer momento la jurisprudencia reconoce que el carácter inembargable de los recursos del Sistema General de Participaciones, cedía ante créditos relacionados con la actividad para la cual estaba destinados los recursos, dicha postura fue corregida y actualmente la única excepción a la condición de inembargabilidad de tales recursos son las obligaciones de índole laboral.

Afirmación que se anotó tuvo su fuente en la sentencia de la Corte Constitucional identificada bajo el número, T 053 de 2022, y respecto de la



cual se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, fungiendo como juez constitucional, en los siguientes términos,

(...) pues tal como se expuso es aplicable la excepción a tal inembargabilidad cuando el título objeto de recaudo tenga como génesis la prestación de servicios de salud, por ser ésta la actividad para la que están destinados los recursos del Sistema General de Participaciones, tal como lo concibió la Corte Constitucional en sentencia C-543/13 al precisar que la limitación en comento es inaplicable «respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)».

(...)

2.6. Decantado lo anterior y en orden al tercer problema jurídico planteado, se advierte que el apelante respalda la procedencia de la medida de embargo solicitada y la vigencia de la ya decretada dentro del presente asunto por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla –Juzgado de origen–, sobre la base de dos ideas fundamentalmente: i) que la demandada no maneja recursos del SGP, así como tampoco recauda dineros por concepto de cotizaciones de salud de los usuarios, debido a que no está constituida como EPS y ii) que los dineros que gira el ADRES de forma directa por la prestación de servicios médicos a usuarios de EPS'S, no tienen el carácter de inembargables una vez entran al patrimonio del destinatario (prestadores de servicio de salud y proveedores), en razón a haber cumplido con la finalidad específica para la cual estaban destinados.

Ahora bien, como quiera que no se precisó por el apelante a cuáles de los dos numerales apelados se refiere cada una de sus críticas, entenderá el despacho que ambos están enfilados a lograr que se acceda al decreto de la medida cautelar solicitada, así como que se mantenga la vigencia y materialización de la que de forma preterida fue ordenada, de tal manera que, se abordaran de manera general ambos argumentos para finalmente determinar si los mismos resultan prósperos para obtener las declaraciones pretendidas.



(...)

Entonces, ligero e impreciso, si se quiere, es afirmar que USSER SAS, no maneja y/o recibe recursos del sistema general de participaciones, por el hecho no estar constituida como EPS, cuando viene de verse que los recursos que conforman y financian el SGSSS – entre los cuales se encuentran aquellos – fluyen entre los diferentes actores que integran el sistema y USSER SAS, como proveedor de servicios de salud, es un actor más de aquel sistema.

Esta misma consideración se predica respecto de los copagos o cuotas moderadoras que se recauden de los afiliados del sistema, los cuales en algunas oportunidades son recolectados por las IPS, para luego pasar a manos de las EPS, sin que, en alguno momento de dicha transición, pierdan la condición de inembargables por ser parafiscales con destinación específica.

(...)

2.8. Ahora bien, tanto los dineros que se encuentran depositados en la cuenta corriente del Banco de Occidente, como los dineros pendientes de pago en favor de USSER, provienen de giro directo realizado por el ADRES, entidad encargada de la gestión y administración de los recursos del SGSSS.

Siendo en tales términos acertado afirmar que, por su naturaleza, tanto los recursos que se hayan consignados en la cuenta corriente del banco de occidente a nombre de la ejecutada, como los dineros que aún se encuentran en poder de dicha administradora, son inembargable, por tener como destinación específica la financiación del SGSSS. No obstante, respecto de los primeros, aplica la excepción que permite el embargo de los recursos girados por el ADRES o las EPS y que hacen parte ya del patrimonio de las IPS, para la atención de las necesidades vinculadas directamente con la prestación del servicio de salud.

(...)



2.9. En resumen, como quiera los dineros que se encuentran en la cuenta corriente No. 657876280, del Banco de Occidente a nombre de USSER SAS, fueron girados por la ADRES para el pago de servicios prestados a los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, y que la obligación acá ejecutada tuvo su génesis precisamente en la entrega de medicamentos de alto costo, es evidente que respecto de dichos rubros se repliega el principio de inembargabilidad, por hallarse concebidos precisamente para la satisfacción de prestaciones médicas como las aquí cobradas.

Lo cual no ocurre respecto de los dineros que aún no han sido girados por el ADRES, en tanto, a más que en favor de estos opera en mayor medida el citado principio de inembargabilidad, no podría en contra de éstos invocarse la aplicación de las excepciones contempladas en la jurisprudencia por no haber pasado aquellos a manos de la demandada.”
(Magistrado Sustanciador: Guillermo Boffía Bohorquez, Apelación de auto, Radicado Interno: 44.392, Mayo 18 de 2023.)

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES- En proceso de servidumbre de conducción eléctrica/ **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EXTRAORDINARIA-** Se produjo al transcurrir el tiempo en el que debió tener conocimiento el adquirente de los predios objeto de la imposición o limitación al dominio

“Bajo ese horizonte, la Sala recalca que, la demandada al ser la entidad que está prestando los servicios de energía eléctrica y dueña de las torres y líneas eléctricas, resulta ser la destinataria a indemnizar por ser la que produjo el daño, verificándose a la luz del artículo 2342 de la Codificación Sustantiva Civil, la legitimación en la causa por pasiva; luego, la convocante al ser la propietaria de los tres inmuebles sobre los que recae el daño por la ocupación con las torres y líneas de conducción de energía eléctrica, es la titular autorizada por el legislador – a voces del artículo 2343 ibidem - para ejercer el derecho de acción con el objetivo de reclamar la indemnización, ratificando la falta de legitimación por activa, de modo que, los reparos



tercero, cuarto y quinto, no lograron descubrir la deficiencia de legalidad de la sentencia adjudicada al juez de primer grado.
(...)

Desde esa perspectiva, la demandante promueve una demanda con pretensión de indemnización de perjuicios por la ocupación o perturbación de bienes inmuebles, quien acude a esta jurisdicción afirmando su calidad de propietaria de ellos a partir de los años 2003, 2004 y 2006, de forma que, la Sala le surge precisar desde ahora que, la promotora debió tener conocimiento al momento del contrato de compraventa de tales bienes, sobre la ocupación de hecho que venía desde el año 1980 – año en que se instalaron las torres y líneas eléctricas - de modo que, partir de ese momento, destáquese, cuando la obligación se hizo exigible, comienza el computo de 20 años que da apertura a la prescripción.
(...)

Con tal propósito, el comprador no le era una alternativa estarse estático al ver las perturbaciones sobre los predios, pues, itérese, sus deberes contractuales le exigían adelantar sus propias pesquisas con el propósito de evaluar especialmente desde cuándo subsistía esa perturbación, inclusive, apoyado de las herramientas jurídicas que tenía a su alcance.

En este punto, la sala detalla, a modo de ilustración que, conforme a las reglas de la experiencia mercantil, podía exigirle documentación al vendedor sobre eso y si no las tenía, por medio de un derecho de petición le era cómodo conocer la época en que se instalaron las torres y línea eléctricas, esto, incluso sin tener un cariz profesional en la abogacía o en las actividades inmobiliarias, los representantes legales de ese momento en que celebraron los contratos de compraventa, pues, es un comportamiento que cualquier persona que celebra un negocio jurídico pueda predicársele en la misma posición.

Bajo esta óptica, la Sala encuentra que la promotora debió haber conocido desde qué año estaban las torres y líneas eléctricas sobre los predios que



ahora es propietaria, esto es, estaba obligada por un deber de prudencia y diligencia contractual en el tráfico normal de los negocios mercantiles, tener conocimiento que desde el año 1980 – hecho probado en el plenario documental y que no fue refutado por las partes – aquella perturbación existía, de modo que, si ella optó por no hacer uso de los remedios jurídicos que estaban a su alcance para auscultar los tiempos de ocupación, asumió la carga de enfrentar las consecuencias desfavorables sobre el derecho a reclamar la posible indemnización por ese acto, en la medida que, ese derecho nació desde aquel tiempo en que se instalaron las torres y líneas eléctricas para cualquier propietario, máxime, cuando la prescripción extintiva corre contra todas personas capaces que conozcan o deban conocer el hecho dañino.

En síntesis, compró los inmuebles a sabiendas que existía una ocupación de hecho sobre aquellos y por lo tanto asumió ese impacto sobre la cosa que encadena las incidencias negativas a que el derecho a reclamar la indemnización naciese desde el mismo momento en que se instalaron las torres y líneas eléctricas, de manera que, debe enfrentar las consecuencias de la prescripción extintiva de tal derecho por las siguientes razones.

La sala pone de relieve que, la ley vigente para el momento en el que se inicia el cómputo del término extintivo, es el artículo 2536 de la Codificación Sustantiva Civil, sin la modificación del artículo 8 de la Ley 791 de 2002, a saber: “La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”, esto es, un término de 20 años, en el entendido que, “el precepto bajo el que debe regirse la prescripción liberatoria, es el que se encuentre vigente para el momento en el que se inicia el cómputo del término extintivo”¹27.

Examinada la casuística bajo esa premisa legal, la Sala encuentra que, la obligación se ha hecho exigible hacia el año 1980 que, si bien en el plenario documental no aparece una fecha exacta, si existe una verdad probada que fue en esa anualidad que se instalaron las torres y líneas eléctricas, en

¹ CSJ STC1718-2019. M.P. Ariel Salazar Ramírez.



tal sentido, el término prescriptivo de 20 años osciló entre esa data hasta el año 2000, lo que significa a la convocante le prescribió el derecho a la indemnización que clama por esta vía civil, pues ventiló su derecho hacia el año 2013.

En suma, se destaca que, dicho término no fue objeto de suspensión e interrupción, en la medida que, la primero surte con la solicitud de la conciliación, en los términos del artículo 21 de la ley 640 de 2001, vigente para esa época, y cuando se presentó la solicitud conciliatoria, ya había operado la prescripción y de contera tampoco tuvo finalidad la interrupción.

Con todo ello, la Sala observa que, el iudex a quo, realizó una exegesis equivocada del inciso 2º del artículo 2535 del Código Civil, en el entendido que, le dio un sentido y alcance que no tiene, pues consideró que el término extintivo nunca empezó a correr, bajo un racionamiento estrellado contra toda lógica, pues estimó que la obligación no se ha hecho exigible, por cuanto, el demandado no ha iniciado ningún proceso tendiente a lograr la imposición legal del gravamen sobre los predios del demandante, por ende, no se ha logrado ventilar la indemnización que le asiste al actor, de esta manera, de no iniciarse el proceso, por omisión del ente público, mal puede imponérsele como sanción, la extinción del derecho de acción de reparación cuando se sabe, que esto obedece, a causas atribuibles al demandado." (**Magistrado Sustanciador: Dr. Bernardo López, Radicado Interno: 44.008, Abril 14 de 2023**).

DECLARACIÓN DE OCULTAMIENTO DE BIENES DE LA SOCIEDAD POR PARTE DE UN HEREDERO, PÉRDIDA DE LA PORCIÓN Y RESTITUCIÓN DOBLADA- Tratándose de títulos valores adquiridos dentro de la sociedad conyugal/**CONDUCTA DOLOSA-** Requiere ser demostrada para que opere la sanción impuesta por la ley



“Expresado de otro modo, desde un punto de vista lógico, en el asunto que ocupa la atención de la Sala no se discutía si el señor VICENTE MERCADO CEPEDA podía ejercer las prerrogativas derivadas de su condición de beneficiario conjunto de algunos títulos valores, sino la pertenencia de los dineros que le fueron entregados tras liquidar esas operaciones a su patrimonio, o al del difunto ALFREDO MERCADO OBRIEN.

Y siendo ello así, el juez de primera instancia si estaba llamado a esclarecer el origen de los fondos invertidos, como lo hizo, sin que con ello hubiera alterado o modificado los contornos de las relaciones cambiarías preexistentes. Nótese como, sin desconocer que el nombre del señor VICENTE MERCADO CEPEDA figuraba como beneficiario conjunto de los cartulares, si encontró acreditado que la totalidad de las inversiones se realizaron con dineros del fallecido ALFREDO MERCADO OBRIEN, quien (i) dispuso libremente de los mismos mientras estuvo con vida; (ii) que el² demandado aceptó haber sido gestor conjunto de los negocios de su padre³, y que, (iii) incluso dentro del proceso sucesorio que ya se adelanta se incluyeron los referidos CDTs.

(...)

La sanción prevista en la norma citada no opera de pleno derecho, sino que exige demostrar la intención maligna, las maquinaciones fraudulentas para engendrar engaño al otro cónyuge o compañero; por ello, el ordenamiento califica la conducta, sancionándola cuando “dolosamente hubiera ocultado o distraído” exigiendo que se escrute y demuestre si la actuación de tapar, disfrazar, esconder, encubrir, en el caso del ocultamiento; o de malversar o timar, en el caso de distraer el haber común, se desarrolló con la intención de defraudar el patrimonio social, que se buscó un resultado contrario a derecho.

² Ver sentencia CSJ - SC3841-2020

³ Ver escrito de sustentación de la apelación por parte del demandado



Debe existir conciencia y conocimiento de causa en el infractor de los derechos y de los deberes de la pareja, que con el acto patrimonial defraudatorio afecta al otro cónyuge. El dolo entonces, no debe quedarse en el propósito o la malicia, sino que el acto censurado en la regla en cuestión debe materializarse, de tal manera que ese dolo debe ser determinante en el perjuicio patrimonial. Simples omisiones, por ejemplo, en los inventarios sociales, no aparejan la sanción.

En consecuencia, la sola ocurrencia del acto, sin el ingrediente subjetivo del dolo, carece de efecto jurídico para dar alcance a la sanción.⁴ Además, debe recordarse que el dolo no se presume, salvo en los casos previstos por ley (artículo 1516 C.C.).

Pues bien, en el presente caso observa la sala que la existencia de los veinticinco (25) Certificados de Depósito a Término (CDT) sobre los cuales recae la acusación de engaño no hay sido desconocidos por la parte demandada. Es decir, si, según el artículo 63 del C. C., el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, es entonces, según la doctrina la culpa intencional e implica astucia o engaño, para suspender el consentimiento de la víctima, la intención de engañar debe estar acompañada de las maniobras mediante las cuales se logre el engaño, y de ahí que se hable de intención positiva de inferir injuria, es decir, debe existir tanto la intención como la manifestación externa. Lo que en realidad plantea el demandado no es la distracción o el ocultamiento de bienes, sino la propiedad exclusiva de los mismos. Lo cual es diferente.

Al respecto, teniendo en cuenta la presunción contenida en el artículo 83 de la Constitución, correspondía al demandante acreditar el elemento subjetivo cuya configuración, como acaba de explicarse, resulta indispensable para dar lugar a la sanción pretendida; no obstante, las pruebas recolectadas no dan cuenta que tal conducta haya sido desplegada con el ánimo de defraudar a la parte demandante y ello

⁴ Ver Sentencia CSJ- SC4137-2021



porque el demandante no acredita ninguno de los actos en los que se funda el dolo que le endilga a su contraparte, pues se torna evidente que todo el esfuerzo probatorio desplegado por la parte demandante en el presente proceso, estuvo encaminado a acreditar que la parte demandada no denunció los veinticinco (25) Certificados de Depósito a Término (CDT) como parte de los activos de la sociedad conyugal a liquidar,⁵ o lo que es lo mismo, que se dio el ocultamiento, empero no despegó actividad probatoria alguna encaminada a brindar elementos de juicio que comprobaran la existencia del dolo.

En este orden de ideas, la no inclusión de dichos veinticinco (25) Certificados de Depósito a Término (CDT) no implica per sé, que se dé el dolo alegado. Es por ello que, ante la ausencia de la prueba del ocultamiento doloso del bien social, no procede la atribución al autor de las consecuencias previstas en la ley sustantiva reseñada por el artículo 1824 del Código Civil." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz, Radicado Interno: 071-22F, Abril 13 de 2023).**

FACTURA ELECTRÓNICA- Requisitos legales y reglamentarios de este título ejecutivo/ **FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA-** Debe tenerse en cuenta a efectos de la exigencia de la normatividad vigente

"En el caso que nos ocupa, se allega como título ejecutivo:

- Factura electrónica de venta No. AB 56877, por valor de \$224.471.218, fecha de creación 17 de marzo de 2022 y fecha de vencimiento 15 de mayo de 2022.

(...)

⁵ Ver Sentencia CSJ- SC4137-2021



Ante lo anterior y cotejado con los argumentos medulares expuestos por el recurrente, se entiende que la factura electrónica del presente caso fue expedida antes de la vigencia de la Resolución 00085 de 2022, la cual entró a regir a partir del 13 de julio de ese mismo año, por lo que la presente sí cumple con los requisitos exigidos, como se pueden observar en el certificado de representación gráfica expedido por la DIAN, de la factura No. AB 56877 y la constancia del envío de dicha factura al buzón electrónico de la entidad demandada.

La Resolución 00085 de 2022, del 08 de abril de 2022, por la cual se desarrolla el registro de la factura electrónica de venta como título valor, se expide el anexo técnico correspondiente, y se dictan otras disposiciones, la que entró en vigencia el 13 de julio de 2022, señala en sus considerandos:

“Que en razón a la expedición del Decreto 1154 de 2020 que modificó el Capítulo 53 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Único del Sector Comercio, Industria y Turismo y de conformidad con el artículo 94 de la Resolución 000042 del 05 de mayo de 2020, “La implementación y uso del registro de la factura electrónica de venta – título valor en el RADIAN entrará en operación una vez publicado el anexo técnico correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la presente resolución.”, por lo cual se hace necesario expedir el Anexo técnico del registro de la factura electrónica de venta como título valor - RADIAN.”

El Decreto 1154 del 2020, por el cual se modifica el Capítulo 53 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, referente a la circulación de la factura electrónica de venta como título valor y se dictan otras disposiciones.

En el artículo 2.2.2.53.2, define:



“8. Expedición de la factura electrónica de venta: En los términos del numeral 5 del artículo 1.6.1.4.1 del Decreto 1625 de 2016, Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria o la norma que lo regule, adicione, modifique, sustituya o derogue, la expedición de la factura electrónica de venta comprende la generación y transmisión por el emisor o facturador, la validación por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, y la entrega al adquirente/deudor/aceptante.”

“9. Factura electrónica de venta como título valor: Es un título valor en mensaje de datos, expedido por el emisor o facturador electrónico, que evidencia una transacción de compraventa de un bien o prestación de un servicio, entregada y aceptada, tácita o expresamente, por el adquirente/deudor/aceptante, y que cumple con los requisitos establecidos en el Código de Comercio y en el Estatuto Tributario, y las normas que los reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

La Oficina de Registro de Facturas Electrónicas fue creada mediante el artículo noveno de la Ley 1753 de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo-, ésta tenía como objetivo ser el ente de registro y consulta de las facturas electrónicas que circularan como título valor en el territorio nacional; posteriormente, se expidió el Decreto 1349 de 2016, referente a la circulación de la factura electrónica como título valor, en donde, además, se establecían las funciones de dicha oficina en relación con la factura electrónica.

En el artículo 2.2.2.53.21 de dicho Decreto se consagró lo siguiente:

“Transición.

Hasta tanto opere el registro, el derecho de crédito resultante de la aceptación de la obligación por parte del adquirente/pagador de la deuda contenida en una factura electrónica podrá ser objeto de circulación por los mecanismos ordinarios.”

No obstante, la Ley 1943 del 28 de diciembre de 2018, “Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio



del presupuesto general y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 122, derogó el artículo 9 de la Ley 1753 de 2015, descartando así la creación de la Oficina de Registro de Facturas Electrónicas.-

Al crearse la Oficina de Registro de Facturas Electrónicas a través de la expedición de la Resolución 00085 de abril 8 de 2022, la cual entró en vigencia el 13 de abril de 2022, y al presentarse la presente demanda ejecutiva el 12 de diciembre de 2022, ya la misma se encontraba vigente, por tanto, si es de aplicación, contrario a lo alegado por el recurrente, razón suficiente para no proferirse el mandamiento de pago solicitado por la parte demandante y por ende confirmar el proveído impugnado. **(Magistrada Sustanciadora Dra. Carmiña González Ortiz, Radicado: 44.520, Abril 19 de 2023).**

PROCESO EJECUTIVO CONTRA FERROCARRILES DE COLOMBIA- Facturas emitidas en contratos sector salud/ **SOLIDARIDAD CONTRACTUAL-** Derivada de la legislación aplicable

“En el caso bajo estudio, se adujo como título ejecutivo de recaudo las facturas emitidas por la sociedad SALUD Y VIDA CON CALIDAD S.A.S., endosadas en favor del ejecutante, conjuntamente con los contratos que se relacionan a continuación: I) Contrato de prestación de servicios de salud Nro. 023 del 2013 suscritos entre el FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA Y SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A., II) Contrato de prestación de servicios de salud Nro. 024 del 2013 suscritos entre el FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA Y SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A. III) Contrato de Prestación de Servicios De Salud de fecha 1 de marzo de 2013 suscrito entre SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A y SALUD Y VIDA CON CALIDAD S.A.S. IV) Otrosí al Contrato de Prestación de Servicios De Salud anterior de fecha 15 de Febrero de 2014 suscrito entre SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A y SALUD Y VIDA CON CALIDAD S.A.S.



La ejecutada cuestiona la existencia de la obligación, aduciendo la ausencia de solidaridad y la configuración de la figura de cosa juzgada en el caso bajo estudio. Así las cosas, procederá al estudio de las inconformidades planteadas por la recurrente, a fin de establecer si efectivamente éstas se encuentran llamadas a prosperar.

1. Acerca de la cosa juzgada
(...)

De esta forma, se insiste que, la calidad de parte no se agota con la inclusión en la demanda, sino con su vinculación a la actuación procesal. Dicho esto, se debe precisar que al momento en que se niega el mandamiento de pago por parte del juez, aun no se encuentra materialmente integrado el contradictorio, por lo cual, materialmente no se tendría la calidad de parte, así que una providencia inicial o antes de notificarle no tiene la virtualidad de desatar o resolver el conflicto entre ellas y mucho menos haría tránsito a cosa juzgada material.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que para que una decisión haga tránsito a cosa juzgada material, debe estar completamente restringida la posibilidad de impugnar o cuestionar la providencia, bien sea porque los términos para interponer los recursos extraordinarios precluyeron, o bien porque se empleó y aquel fue denegado. En este escenario la decisión se torna inexpugnable y sus efectos serán inmutables.

En los casos en los que niega el mandamiento de pago, la decisión no produce este efecto, habida cuenta de que, resulta posible, aunque sea remotamente, volver a plantear la pretensión de librar orden de pago.

Así las cosas, no se encontrarían reunidos los requisitos para tener por demostrada la excepción de cosa juzgada, razón por lo cual este reparo no se encuentra llamados a prosperar.

2. Acerca de la ausencia de solidaridad
(...)



Pues bien, con base en los aludidos contratos Nro. 023 y 024 de febrero de 2013 suscritos entre el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., esta última suscribió con SALUD Y VIDA CON CALIDAD S.A.S., un contrato de prestación de servicios médicos a los usuarios del SGSSS a cargo del aludido Fondo, surgiendo entonces en el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA la solidaridad frente a la subcontratante, en el pago por la prestación de los correspondientes servicios médicos, como se analizará a continuación.

Al examinar el contrato de prestación de servicios de salud Nro. 023 del 2013 suscritos entre el FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA Y SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A. y el Contrato de prestación de servicios de salud Nro. 024 del 2013 suscritos entre el FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA Y SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A., la Sala advierte que al interior de estos se otorgó por parte de la ejecutada la facultad para subcontratar. Así, por ejemplo, en la cláusula 5° de los contratos de prestación de servicios de salud Nro. 023 y 024 del 2013, se dispuso que, para cumplir con el objeto contractual, el contratista, debía cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

c. Disponer la práctica de los exámenes y procedimientos en sus instalaciones o por fuera de ellas y, en los casos que sea necesario, a través de otras instituciones.

h. Cumplir con las obligaciones contractuales que asuma con sus subcontratistas y proveedores en forma oportuna de manera tal que los servicios no sufran afectación.

r. Pagar oportunamente a su subcontratista y demás proveedores vinculados a la prestación de los Servicios Integrales de salud las obligaciones y demás compromisos que adquieran con ocasión del cumplimiento del presente contrato.

u. en los casos en los que se presenten deficiencias en el desarrollo del contrato por estimación defectuosa o demoras en la prestación del servicio integral de salud por causa del personal contratado o subcontratado, correrán por cuenta y



riesgo de EL CONTRATISTA los recursos que este deberá adicionar para cumplir a cabalidad lo establecido para la ejecución del contrato.

En el mismo sentido, al interior de la cláusula 15 de los referidos contratos, se dispuso que “EL FONDO podrá imponer a EL CONTRATISTA una sanción pecuniaria, con el fin de conminarlo a cumplir con las obligaciones a su cargo. Las causales de imposición de multas por parte de EL FONDO, así como el valor de las mismas, serán las siguiente:

(...)

15.3. Por impedir a EL FONDO llevar a cabo la auditoria médica y demás seguimientos y controles en la prestación de los Servicios Integrales de Salud, tanto en las IPS propias del contratista, como en las subcontratadas. 20 SMLMV por cada día de retraso”

Las anteriores disposiciones claramente evidencian la autorización por parte del FONDO para subcontratar la prestación de servicios de salud por parte de la entidad SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A. Ahora bien, la parte ejecutada alega que no se concedió expresa facultad para subcontratar, alegando la aplicación de la cláusula 5.2.1 y la cláusula décimo sexta del contrato 024, las cuales expresamente establecen:

“Cláusula 5.2.1 del contrato 024 dispone: “5.2.1. El contratista se obliga a no subcontratar bajo la modalidad de capitación-subcapitación- total o parcial, los Servicios Integrales de Salud”

Cláusula DECIMO SEXTA – indemnidad: EL CONTRATISTA mantendrá indemne a EL FONDO por razón de reclamos, demandas, acciones legales y costos que surjan como resultados de daños o lesiones a personas o propiedades de terceros, ocasionados por este mismo, sus subcontratistas o proveedores, durante la ejecución del Contrato y hasta la liquidación definitiva del mismo”

Aunado a ello, alegó la aplicación de la misma cláusula 5 del contrato 023, la cual establece, entre otras obligaciones para el contratista, las siguientes:



"q. Cumplir con la indemnidad pactada en este documento y, en consecuencia, responder por las reclamaciones que sus proveedores o terceros formulen ante el Fondo, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula decima sexta del presente contrato;

v. El contratista se obliga a no subcontratar bajo la modalidad de capitación-subcapitación- total o parcial, los Servicios Integrales de Salud"

De igual forma, alega la aplicación de la cláusula DECIMO SEXTA, denominada "indemnidad", la cual consagra: EL CONTRATISTA mantendrá indemne a EL FONDO por razón de reclamos, demandas, acciones legales y costos que surjan como resultados de daños o lesiones a personas o propiedades de terceros, ocasionados por este mismo, sus subcontratistas o proveedores, durante la ejecución del Contrato y hasta la liquidación definitiva del mismo"

Las disposiciones referidas no consagran en sí misma la prohibición de subcontratar, sino la limitación para hacerlo bajo la modalidad de capitación y subcapitación, sin que se encuentra acreditado que las obligaciones que se ejecutan en el presente caso deriven de una subcontratación bajo esta modalidad. Así, no puede entenderse que la proscripción de la facultad para subcontratar bajo la modalidad descrita se amplíe para todo tipo de modalidades.

En relación con la cláusula de indemnidad, la Sala debe precisar que ésta en sí mismo no conduce una prohibición de subcontratación, por el contrario, al interior del ella se ratifica esa facultad al hacerse referencia expresa a "sus subcontratistas". Aunado a ello, la Sala debe precisar que la cláusula de indemnidad consagrada no impide el nacimiento de la obligación solidaria." **(Magistrada Sustanciadora Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Radicación: 44.502, Mayo 26 de 2023).**



IMPUGNACIÓN DE ACTAS DE ASAMBLEAS- Caución/ Procedencia/**MONTO DE LA MEDIDA CAUTELAR-** Conforme la ley debe atenderse al criterio del juzgador

“Adentrándose este despacho en el tema de la apelación se tiene que, de conformidad con la segunda de las citadas normas, se establece la facultad del demandante de solicitar la suspensión de las decisiones estipuladas en el acta demandada y la fijación de la caución:

“La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.

El auto que decreta la medida es apelable en el efecto devolutivo.”

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la apelación versa respecto al decreto del monto de la caución impuesto por el A quo, con base a la norma en cita, contra lo que la demandada aduce que la parte demandante sí estableció monto de cuantía, por tanto, debe replantearse el valor de aquélla.

Al respecto conviene recordar, que en materia de medidas cautelares, el Código General de Proceso introdujo profundos cambios con respecto a la legislación procesal anterior, en la medida que se establecen actualmente las cautelas nominadas y cualquier otra, denominadas innominadas o atípicas, en el marco de los procesos declarativos según el artículo 590, caracterizándose las primeras por su consagración específica, de forma tal



que están en detalle previstos por el legislador, los eventos puntuales en los que proceden y su forma, como tales, la inscripción de la demanda, embargo, secuestro, entre otras; mientras que para las segundas, se cuenta con la habilitación legal para pedir las y decretarlas, pero la ley no especifica cuáles son, ni cómo se materializan, quedando en manos del interesado y del funcionario judicial darle forma en el caso concreto.

En este orden de ideas, se tiene que la medida cautelar impetrada en este caso, sobre la cual versa la decisión apelada en cuanto a la caución, es típica, nominada y específica para este tipo de acciones, de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, el cual, sigue la senda del declarativo, pero además tiene la norma específica ya citada, que sobre la caución, prevé que se fija *“en la cuantía que el juez señale”*, frente a lo cual la disposición general en materia de cauciones, esto es, el artículo 603 ibídem, no arroja mayores detalles al respecto, de lo que se concluye que es razonable entonces el criterio vertido en la providencia censurada, en cuanto a establecer la caución con base en la suma base para la mayor cuantía.

Sobre ello el demandante critica que no se fijara tal caución conforme a la cuantía concreta determinada por el mismo demandante, como superior a \$300.000.000, según el texto de la demanda, de lo que debe acotarse que, para este tipo de asuntos, la cuantía no es determinante para fijar la competencia, pues al respecto, tal como lo señaló la falladora de primera instancia, se asigna a los jueces civiles del circuito en primera instancia, según el numeral 8 del artículo 20 de la misma obra, sin atender a la suma de las pretensiones, en armonía con el artículo 26 ibídem, que sobre la determinación de la cuantía, en nada se ocupa del proceso que ahora ocupa la atención de la Sala Unitaria.

Este ha sido el criterio de la jurisprudencia, según la cual “En síntesis, como en el sub judice la «impugnación de actas de asamblea» (rad. 12341) iniciada por Luis Eduardo Obando Marín, Adriana Yasmith Benítez Rojas, Julián David y Sergio David Obando Benítez y Noé Obando López contra



Minería Monte Blanco Colombia S.A., ubica al fallador arbitral en la esfera de los «jueces civiles del circuito» en virtud del «factor objetivo-naturaleza del asunto», el cual, recálquese, prevalece por encima del «factor objetivo-cuantía», por cuanto a tal elemento solo se asiste de manera residual o complementaria, la apoderada de la demandada no estaba facultada legalmente para ejercer su representación, al contar con licencia temporal⁶."

Finalmente se advierte que si bien el apelante esgrimió otra serie de argumentos en su impugnación, atinentes a la calidad de los actores, su legitimación y la caducidad de la acción, no hubo pronunciamiento expreso de ello en el auto apelado, que pudiera otorgar la competencia para analizarlos y eventualmente resolver ante esta superioridad."
(Magistrada Sustanciadora Dra. Yaens Castellón Giraldo, Radicado Interno: 44. 545, Mayo 24 de 2023).

SALA LABORAL

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN- Beneficiarios/ **PENSIÓN DE VEJEZ DE SOLDADO:** Acuerdo 049 de 1990 y reglamentario/ **MESADA 14-** Reconocimiento y pago

"Pues bien, en el presente asunto salta a la vista que la parte demandante es beneficiaria, en principio, del régimen transicional en comento, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a memorar, 1 de abril de 1994, tenía 50 años; edad que rebasa el tope fijado por el legislador para tales efectos.

Así las cosas, resultaría del caso estudiar su derecho transicional de cara a las disposiciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta la expectativa legítima de pensionarse que tenía el demandante. Lo anterior,

⁶ STC1975-2022, Radicación nº 11001-22-03-000-2022-00024-01, fallo de tutela del 24 de febrero de 2022. MP HILDA GONZALEZ NEIRA



en sujeción de los preceptos jurídicos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005.
(...)

En cuanto a la densidad de las semanas cotizadas por el actor, se observa del documento titulado “REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES”, expedido por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), y actualizado a fecha 31 de mayo de 2019, que registra durante toda su vida laboral un total de 728,71 semanas aportadas al subsistema de pensiones, las cuales no son objeto de reproche por las partes procesales, advirtiéndose que las mismas fueron valoradas por el A quo a efectos de estudiar el derecho pensional pretendido en la Litis, y, además, también tuvo en cuenta otros ciclos no reflejados en tal documental, sobre los cuales se suscita el recurso de apelación de la parte pasiva, debiendo en consecuencia esta Sala de Decisión adentrarse en su respectivo estudio, máxime cuando opera igualmente a favor de ella el grado jurisdiccional de consulta.

Pues bien, de la historia laboral de la parte demandante en comento se evidencia que ésta efectuó cotizaciones al subsistema de pensiones por conducto del régimen subsidiado, cuyos ciclos comprendidos entre septiembre de 2004 hasta noviembre de 2007, bajo esta modalidad, reflejan 0 semanas de cotización, cuyas casillas de “Observación”, contienen las siguientes leyendas: “Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3371” y “Saldo a favor del afiliado”; advirtiéndose que tales periodos de cotización, en historia laboral actualizada a 3 de abril de 2013, sí registraban anteriormente semanas cotizadas.

Sobre el tópico, se precisa que el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, aplicable al reporte de semanas que efectúan las entidades administradoras de pensiones por plasmarse en actos administrativos, conlleva a que la información en ellos contenida se presuma legal.
(...)



Por lo dicho, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha expresado que el resumen de semanas que expida la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) se presume, en principio, como cierto, veraz y vinculante para la entidad, de tal suerte que no resulta posible que dicha información, sin justificación de por medio, expida una nueva historia laboral contentiva de información distinta, ya que ello vulneraría la confianza legítima de los afiliados al sistema, en sujeción a los postulados del proveído CSJ SL5170-2019.

(...)

Pues bien, una vez valorada la contestación emitida por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) al requerimiento judicial que le fue efectuado por el juzgador de primer grado, no se decanta claramente los motivos que dieron lugar a la devolución de aportes para el ciclo 200409 a 200711, sin embargo, de la contestación de la demanda se expresa que ello se dio “en razón a que no se evidenció el pago por parte del afiliado”, empero, del plenario no se decanta gestión alguna que haya sido desplegada por la convocada a juicio tendiente a informar al fondo de solidaridad pensional la ausencia de pago por parte del demandante, como tampoco que dicha situación haya sido comunicada al mismo a fin de advertirle sobre las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían, de tal suerte que pudiese ejercer su derecho de defensa y contradicción, en tanto se comprometía los beneficios del régimen subsidiado, máxime cuando dentro del plenario la parte actora aportó documentos titulados “COMPROBANTE PAGO DE APORTES” relativos a ciclos en disputa.

En consideración de lo anterior, esta Sala de Decisión tendrá en cuenta estos ciclos para la consolidación de la historia laboral de la parte demandante y estudio del derecho pensional en controversia. Así pues, este periodo se traduciría en 167.01 semanas de cotización.

Por otro lado, se evidencia a folio 56 y subsiguiente del expediente físico, Certificado de Información Laboral Para Bono Pensional 1, 2, 3, expedido el día 22 de febrero de 2017 por parte del Ministerio de Defensa Nacional, en el cual se registra que el demandante estuvo vinculado con el Ejército



Nacional del 16 de agosto de 1967 al 15 de agosto de 1969, bajo el cargo de soldado.

(...)

Bajo este contexto, esta Sala de Decisión igualmente tendrá en cuenta el tiempo servido por el demandante en el Ejército Nacional, a efectos de estudiar su derecho pensional, precisándose que los extremos de la prestación del servicio se traducirían en 104.28 semanas de cotización.

(...)

Pues bien, de la sumatoria de las semanas contabilizadas por esta Corporación se tiene que la parte demandante durante toda su vida laboral cotizó 1.000 semanas, monto que resulta suficiente para que la misma sea beneficiaria de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 758 de mismo año.

En consideración de lo expuesto, esta Sala de Decisión confirmará sobre este punto la decisión de primer grado, debiéndose en consecuencia proceder con su respectivo estudio, en atención al grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la convocada a juicio ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

(...)

Pues bien, en el presente caso se tiene que la parte demandante acreditó el día 30 de abril de 2008 el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para la estructuración de su derecho pensional, data que corresponde a su última cotización válida para la configuración del deprecado derecho prestacional, motivo por el cual su pensión debe ser reconocida a partir del 1 de mayo de 2008, de conformidad con lo establecido por el juzgado de primera instancia.

(...)

Descendiendo al caso bajo estudio, encontramos que el demandante causó su derecho pensional en el año 2008 y su mesada pensional no supera los tres SMLMV, motivo por el cual se asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, por lo que se confirmará en este aspecto la decisión del A quo." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Diego Guillermo Anaya González, Radicado Interno: 66.674-A, Mayo 31 de 2023).**



RELACIÓN DE TRABAJO CON ENTIDAD TERRITORIAL- Para el desempeño de labores de sostenimiento de obras públicas/ **NO PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES-** No es posible afirmar que el Municipio actuó de buena fe/ **FRAUDE A LA LEY LABORAL-** Al suscribir sucesivos contratos de prestación de servicios y ocultar la verdadera naturaleza de la relación

“En este caso, según la prueba documental (f. 53-244) se encuentra acreditado que el demandante laboró en la Alcaldía Municipal de Santa Lucía prestando sus servicios de mantenimiento y vigilancia en el Palacio Municipal, a través de sucesivos contratos de prestación de servicio en los siguientes periodos: Del 15 de agosto de 2008 hasta 15 de noviembre de 2008; 2 de enero de 2009 hasta 31 de marzo de 2009; 1 de abril de 2009 hasta 30 de junio de 2009; 1 de julio de 2009 hasta 31 de julio de 2009; 1 de septiembre de 2009 hasta 30 de septiembre de 2009; 3 de noviembre de 2009 hasta 30 de noviembre de 2009; 1 de julio de 2010 hasta 31 de julio de 2010; 1 de septiembre de 2010 hasta 30 de septiembre de 2010; 1 de noviembre de 2010 hasta 30 de noviembre de 2010; 1 de marzo de 2011 hasta 31 de marzo de 2011; 1 de junio de 2011 hasta 31 de octubre de 2011; 1 de noviembre de 2011 hasta 31 de diciembre de 2011; 2 de enero de 2012 hasta 31 de marzo de 2012; 3 de julio de 2012 hasta 31 de octubre de 2012; 2 de enero de 2013 hasta 31 de marzo de 2013; 1 de abril de 2013 hasta 30 de junio de 2013; 16 de enero de 2014 hasta 16 de junio de 2014; 17 de junio de 2014 hasta 17 de septiembre de 2014; 1 de octubre de 2014 hasta 31 de diciembre de 2014; 16 de enero de 2015 hasta 16 de abril de 2015; 17 de abril de 2015 hasta 31 de octubre de 2015 y 3 de noviembre de 2015 hasta 31 de diciembre de 2015 (23 contratos de prestación de servicios).

La prestación del servicio está demostrada con la prueba documental aludida, la confesión del Municipio demandado, quien en la contestación de la demanda afirmó que el demandante prestó sus servicios bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y las certificaciones expedidas por el Municipio, donde se dice que la partida presupuestal es para contratar el servicio de mantenimiento del Palacio Municipal. Es decir, está demostrada la prestación de servicios y los extremos temporales de esa



prestación. De modo que, según lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia del contrato de trabajo. Esta presunción no fue desvirtuada por el demandado, pues no hay prueba en ese sentido. Nótese, que, en este caso, toda la prueba es documental, pues el demandante, el demandado y los testigos no asistieron a la audiencia.

La calidad de trabajador oficial del demandante también está acreditada según la prueba documental. Pues según los contratos allegados, el demandante se obligó a realizar las labores de mantenimiento y vigilancia en el Palacio Municipal de Santa Lucía. Además, el demandado al responder el hecho cuarto de la demanda confesó que el demandante prestó el servicio de mantenimiento y vigilancia del Palacio Municipal.

Nótese que el mantenimiento de obra pública corresponde a lo que se denomina labores de sostenimiento de obra pública, pues sin ellas la obra no puede funcionar.

En cuanto a la duración del contrato, se observan interrupciones superiores a un mes, tal como quedó visto. Por eso, el Juez no declaró la existencia de un solo contrato sino de varios en los periodos ya aludidos. De modo que la inconformidad del Municipio, en torno a que los contratos fueron interrumpidos por algunos días e incluso meses, carece de sentido, pues así lo declaró el Juez de primera instancia.

La inconformidad del Demandado relativa a que la sanción prevista en el artículo 372 del CGP por la inasistencia injustificada no le es aplicable. Se advierte que tal sanción no fue tomada en cuenta por el Juez en la sentencia. Pues allí se dijo que los efectos de la inasistencia consagrados en el artículo 77 del CPTSSS quedaban compensados porque las dos partes no asistieron y no era posible presumir la subordinación y la autonomía e independencia al mismo tiempo (Véase audiencia de juzgamiento hora 2:18:42. En suma, la sentencia no se soporta en la sanción aludida por el demandado, por lo que la inconformidad carece de soporte fáctico y jurídico.



El demandado no desvirtuó la presunción de laboralidad, pues no allegó ninguna prueba sobre la independencia y autonomía en la que se prestó el servicio. Además, quedó visto que la prestación del servicio hace presumir la existencia del contrato, de modo que tampoco es cierto que no se acreditaron sus elementos. De ahí que el recurso del Municipio no puede salir adelante.

Demostrada la existencia del contrato, el Municipio demandado debe pagar las prestaciones sociales previstas en la ley, por lo que, en virtud de la consulta se procede a verificar si las condenas son las adecuadas.

(...)

De las excepciones presentadas por el Demandado la única que prospera parcialmente es la excepción de prescripción. Al respecto, se advierte que las leyes sociales consagran un término de prescripción de tres años contados desde que la obligación se hace exigible y se interrumpe con la reclamación administrativa o la presentación de la demanda. En este caso, el demandante presentó la reclamación administrativa el 13 de junio de 2016 (f. 41) y la demanda el 7 de septiembre de 2016 (f. 97). Por tanto, la prescripción se interrumpió con la reclamación administrativa, esto es, el 13 de junio de 2016. Nótese que desde esa fecha hasta cuando se presentó la demanda no transcurrieron 3 años, de modo que con la presentación de la demanda no ocurrió una nueva interrupción. De ahí que las obligaciones que se hicieron exigibles antes del 13 de junio de 2013 prescribieron. Nótese, que para esa data se encontraba vigente el contrato desarrollado desde el 1 de abril de 2013 hasta el 30 de junio de 2013, de modo que se debe modificar la sentencia de primera instancia, pues allí se dijo que la prescripción aplicaba desde el 2 de enero de 2013.

(...)

La Ley 6 de 1945 y la Ley 344 de 1996 y sus normas reglamentarias, reconocen el auxilio de cesantías para los trabajadores oficiales por un valor equivalente a un mes de salario por cada año de servicios y la proporción por fracción. De modo que, en este caso, al demandante le corresponde por el año 2013, \$157.500,00; por el año 2014, \$ 603.487,50; por el año 2015, \$625.432,50, para un total de \$1.386.420,00. Igualmente, el



actor tiene derecho a los intereses de las cesantías por el año 2013, \$18.900,00; por el año 2014, \$72.418,50; por el año 2015, \$75.051,90, para un total de \$166.370,40. De ese modo se debe modificar la sentencia de primera instancia, pues la condena allí obtenida es superior.

El pago de la prima de servicio a los trabajadores oficiales solo es procedente cuando esté contemplada en el contrato de trabajo, el reglamento interno, la convención colectiva de trabajo o un laudo arbitral. De modo que, en este caso, no es procedente. Pues no se acreditó que esa prestación está consagrada en alguno de los instrumentos señalados. Por lo que se debe revocar esa condena, en virtud de la consulta que se surte en favor del Municipio.

(...)

En cuanto a la indemnización moratoria, es útil recordar que cuando se trata de un trabajador oficial, se rige por lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 797 de 1949. Según estas reglas, la indemnización moratoria procede cuando el empleador no realiza el pago de las acreencias laborales al vencimiento del período de gracia de 90 días. Esta indemnización no es automática e inexorable. El juez debe evaluar la conducta observada por el demandado durante la existencia de la relación, para deducir si su omisión en el pago estuvo asistida de buena fe.

En este caso, no es posible afirmar que el Municipio actuó de buena fe al no pagar los salarios y las prestaciones sociales. Al contrario, lo que se observa es un fraude a la ley laboral al suscribir sucesivos contratos de prestación de servicios y ocultar la verdadera naturaleza de la relación. De ahí que debe cancelar la suma de \$21.945 diarios desde el 31 de marzo de 2016 hasta cuando se produzca el pago.

Por la misma razón, la indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 también resulta procedente en este caso. Pues según las normas que regulan el régimen de cesantías con liquidación anualizada, en especial el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el valor liquidado por concepto de cesantías se debe consignar antes del 15 de febrero del



año siguiente y el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. En caso, se debe tener presente que esta indemnización también prescribe, de modo que solo habría lugar a esta desde el 13 de junio de 2013, sin embargo, en primera instancia se declaró la existencia de diversos contratos y no la de uno solo y ninguno de los contratos continuó vigente el año subsiguiente, pues todos comenzaron y terminaron el mismo año, de modo que no nació la obligación para el demandado de consignar las cesantías. (...). Obsérvese que las cesantías parciales se pagan directamente al trabajador cuando el contrato termina, por tanto, en este caso, no nació la obligación de consignar en un fondo de cesantías, por lo que la indemnización es improcedente.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Edgar Benavides Getial, Radicado 70.531-A, Mayo 29 de 2023)**

ILEGALIDAD DE LA AFILIACIÓN SINDICAL- Cuando los afiliados pertenecen a diferente rama industrial/ **DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL-** Garantía de orden constitucional

“Conforme a lo explicado y en la forma en que se planteó el litigio en este caso, lo que debe examinarse inicialmente, es si los trabajadores demandados de la sociedad Transportes Fluviales Colombianos Limitada “TRANSFUCOL LTDA”, violaron la ley laboral al afiliarse a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO, por pertenecer a diferente rama industrial.

(...)

La sociedad demandante, con el objeto de dar viabilidad a sus pretensiones, aporta Resolución Número 001235 del 14 de mayo de 1998, emitida por el Ministerio de Trabajo, donde se estudia la solicitud de ilegalidad de afiliación de los trabajadores de la empresa Naviera Fluvial Colombiana S.A. al sindicato de la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO, precisando lo siguiente:



"5. Una vez efectuada la correspondiente inspección se emite dicho concepto confirmado lo expuesto en los pronunciamientos anteriores y ubicando categóricamente la actividad de la NAVIERA FLUVIAL COLOMBIANA dentro del grupo del TRANSPORTE POR VÍAS DE NAVEGACIÓN INTERIOR, resaltando el mismo que los equipos poseídos por la empresa podrían fácilmente su adecuación según el tipo de transporte que se requiera.

6. de las anteriores consideraciones el despacho concluye que efectivamente la NAVIERA FLUVIAL COLOMBIANA tiene unas actividades totalmente diferente a la de la industria del petróleo encontrando mayor respaldo en el Decreto 2719 de 1993 que establece taxativamente cuales actividades son propias de dicha industria a nivel nacional."

Para un mayor entendimiento de lo definido, se debe indicar que, dentro del objeto social de la Naviera Fluvial Colombiana, se encuentra el de transportar combustible entre otros.

Sin embargo, a pesar de que un principio podría entenderse dicho concepto como base para estudiar el presente proceso, se debe precisar que esta Sala de decisión no comparte dicha postura, pues, de las pruebas documentales anteriormente mencionadas tal como el certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, se establece que el objeto social de Transportes Fluviales Colombianos Limitada TRANSFUCOL LTDA., es el transporte de carga en general o hidrocarburos; reiterando el concepto anteriormente traído a colación, a fin de establecer que la conjunción o expresa alternativa entre dos opciones, en el caso en concreto el transporte de carga en general o que puede transportarse también hidrocarburos (es decir, una u otra cosa, o ambas a la vez). Es decir, basan su objeto social en prestar el servicio de transporte específicamente a los hidrocarburos y carga en general.

(...)

De lo anteriormente transcrito, se puede concluir entonces que, el contrato celebrado entre la sociedad accionante y la entidad ECOPETROL S.A. desde el año 1983 -teniendo en cuenta la cesión realizada No. LEG-216-83- a la



fecha de presentación de la demanda ordinaria, esto es, 18 de diciembre de 2015 se basa en el transporte de HIDROCARBUROS, por lo que, desde la fecha de creación de la entidad TRANSFUCOL hasta la actualidad, ha sido esta su principal actividad económica.

Se precisa que no obra dentro del plenario, prueba aportada por la demandante donde se pudiese acreditar que, desde la fecha de creación de la entidad hasta la actualidad, transportan algo diferente a hidrocarburos, concluyéndose de esta manera, como se manifestó en líneas precedentes, que según el acervo probatorio todo indica que su objeto desarrollado ha sido el transporte de hidrocarburos en que se basa su principal actividad económica.
(...)

Sobre lo anterior, se indica que, no es posible coartar el derecho de asociación sindical, el cual es un derecho fundamental, en aplicación del código sustantivo del trabajo, artículo 356, pues en el mismo se establece que podrán conformar un sindicato de industria los trabajadores que sean de una misma rama industrial o actividad económica, pero no da parámetros básicos o criterios para poder entender la manera en que deben delimitarse esas ramas industriales o actividades económicas, lo cual, según a criterio de la Corte Suprema de Justicia, no impide el uso de un derecho constitucional.

Así lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral⁷, en un asunto donde se estudió el derecho a la Huelga, al indicar lo siguiente:

“Ahora bien, la ausencia de regulación de esos tipos de ceses de actividades no es una razón para aplicar analógicamente las reglas del Código Sustantivo del Trabajo. La falta de reglamentación no impide el uso de un derecho constitucional, más bien garantiza su ejercicio sin tales limitaciones.”

⁷ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación laboral. Sentencia SL 1680 de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO



Bajo este contexto y, en el entendido que la Unión Sindical –USO- dentro de su autonomía redactó sus estatutos estableciendo que podrán asociarse todos los trabajadores que prestan servicio en el transporte de hidrocarburos por la vía fluvial, marítima, y teniendo en cuenta que en esta causa se encuentra ampliamente acreditado que la entidad accionante desarrolla su objeto social en el transporte de hidrocarburos, es posible concluir que quedó probado el cumplimiento del requisito de identidad en la industria o actividad entre la Sociedad TRANSPORTES FLUVIALES COLOMBIANOS LTDA “TRANSFLUCOL LTDA” y la UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO “U.S.O”, debiéndose por lo tanto REVOCAR el fallo apelado y consultado, en favor de los trabajadores.” **(Magistrada Sustanciadora: Dra. Claudia María Fandiño de Muñiz, Radicado Interno: 71.341, Mayo 9 de 2023)**

PRESTACIONES SOCIALES CONVENCIONALES- Auxilio de sostenimiento- No constituye de factor salarial: Caso Dimantec/ **RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES-** Improcedente

“Sea lo primero señalar que fue un hecho acreditado, la relación laboral que existió entre el demandante y la demandada Dimantec Ltda, desempeñándose aquel en el cargo de Especialista Servicio Eléctrico, cuya duración fue desde el 29 de noviembre de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2015.

Precisado lo anterior, pasa la Sala a determinar si el auxilio de sostenimiento constituye realmente un factor salarial que genere la reliquidación de sus prestaciones sociales, de los aportes en pensión y de la indemnización art. 65 C.S.T. e indemnización Ley 50 de 1990.
(...)

Así mismo, se suscribió Convención Colectiva de Trabajo, texto que cuenta con su respectivo depósito oportuno, celebrada entre Dimantec Ltda y Sintraime, vigente desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de



2013, donde en su artículo décimo séptimo, párrafo tercero, quedó establecido que el auxilio de sostenimiento era una herramienta de trabajo, así:

“A partir de la firma de la presente Convención Colectiva la empresa concederá como herramienta de trabajo un auxilio de sostenimiento y de transporte para todos los trabajadores cubiertos por la Convención Colectiva o que se acojan a ella y que laboren en los proyectos mineros de la Guajira y Cesar, un millón cien mil pesos (\$1'100.000) mensuales que cubrirá los gastos correspondientes para que el trabajador pueda trasladarse y vivir dignamente en los diferentes frentes de trabajo; en la medida de lo posible aportando los recibos de los pagos que por este concepto lleven a cabo los empleados.”.

Así las cosas, le asiste razón al a quo al no atribuirle la connotación salarial al auxilio de sostenimiento porque las partes convinieron expresamente que dicho “Auxilio de sostenimiento” no constituía salario y que este se usaría como herramienta de trabajo para poder vivir dignamente mientras el trabajador prestara los servicios en el proyecto minero, pacto de exclusión salarial que resulta eficaz, puesto que es la misma ley quien faculta a los empleadores y trabajadores acordar este tipo de pactos.

(...)

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

(...)

Respecto de la cláusula de auxilio de sostenimiento, el contrato de trabajo y los volantes de pago, lo que se extrae de estos documentos es que las



partes, a través de diferentes instrumentos, establecieron que dicho emolumento no constituiría salario, lo cual es totalmente viable, según el artículo 128 del CST, siempre que el pago no represente una contraprestación directa del servicio. El anterior acuerdo también se plasmó en la cláusula firmada por el demandante y la empresa el 1° de enero de 2010, que al tenor literal expresa:

Las partes acuerdan que, a partir de la fecha, EL TRABAJADOR recibirá \$ 86,146, mensual los cuales cubren los gastos en que éste incurra por concepto de: lavandería, elementos de aseo, llamadas telefónicas, gastos varios como refrigerios y medicamentos, única y exclusivamente mientras EL TRABAJADOR preste sus servicios en la localidad del proyecto LA LOMA (CESAR), en el cual mantiene operaciones LA EMPRESA y mientras éstas existan.

El Auxilio de Sostenimiento aquí establecido, es temporal en cuanto que sólo será devengado por EL TRABAJADOR, durante el tiempo que permanezca laborando en el proyecto LA LOMA, por tanto, dejará de recibirlo en el momento que se determine su traslado a cualquier otro lugar donde opera LA EMPRESA.

Teniendo en cuenta que este pago se efectúa anticipadamente, en caso de no hacer uso de este anticipo durante todo el tiempo por el cual se le otorgó, EL TRABAJADOR firmante autoriza a LA EMPRESA, para que el mayor valor pagado sea descontado del salario siguiente a la fecha de pago del anticipo y en caso de retiro, de la liquidación final de acreencias laborales tales como: salario, cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, indemnizaciones, incentivos y cualquier otro concepto que se le pague por la relación laboral.

(...)

Corolario de lo anterior, no solo se tiene que en efecto las partes pactaron que el beneficio bajo estudio no sería salario, que el mismo se reconocía con el fin de facilitarle su desenvolvimiento personal y familiar por su traslado de domicilio, sino que además, también se previó de la misma forma en la



convención colectiva, la cual, se itera, debe ser aplicada en conjunto, siguiendo el principio de inescindibilidad, por lo que no sería viable que el actor se beneficie de lo que le sirve, pero desconozca lo que no.

(...)

Con base a las anteriores directrices jurisprudenciales y aplicando nuestros precedentes de Sala en casos similares contra la misma demandada, lo cierto es que en este asunto no existen elementos de juicio que nos permitan concluir con certeza que lo consignado al actor como "Auxilio de Sostenimiento" constituya salario, en razón a que independientemente que fueran constantes o permanentes, la empresa lo cancelaba mientras el trabajador estuviera asignado en el proyecto minero, esto es, no eran con el fin de enriquecerlo o como retribución de los servicios prestados, como también así quedó establecido en la cláusula novena del contrato de trabajo firmada por el actor, en Cláusula de Auxilio de sostenimiento y en la Convención Colectiva de trabajo, que el objetivo del pago era como herramienta de trabajo, con el fin de vivir dignamente para realizar la prestación del servicio en el proyecto minero.

(...)

Por lo anterior, se encuentra pactado expresamente por las partes que dicho auxilio de sostenimiento no constituye salario, se entiende como una herramienta de trabajo que brinda la empresa a su trabajador con el fin de que desempeñe sus labores de manera eficiente y poder vivir dignamente mientras prestaba los servicios en el proyecto minero, lo que no da lugar a la reliquidación de las prestaciones reclamadas, ni lugar a las indemnizaciones deprecadas, debiéndose absolver a la demandada y, como a esa conclusión arribó el a quo, se confirmará." **(Magistrada Sustanciadora: Dra. Claudia María Fandiño de Muñiz, Radicado Interno: 72.496, Abril 27 de 2023).**

FUERO CIRCUNSTANCIAL- Beneficios contenidos en laudo arbitral/
SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DE EMPLEADO- No modifica la expiración del plazo fijado en el contrato de trabajo/ No requiere autorización judicial



“En el asunto sub examine, no es materia de discusión que el actor laboró al servicio de la empresa PRODUCTOS QUIMICOS PANAMERICANOS en el cargo de OPERARIO, en virtud de un contrato de trabajo a término fijo –Págs. 179 a 180 Demanda Exp. Dig. - tampoco su pertenencia a la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE LA EMPRESA PRODUCTOS QUIMICOS PANAMERICANOS “SINTRAPROQUIPA” tal como se desprende de la comunicación del sindicato a la empresa demandada mediante correo electrónico de fecha 09 de noviembre de 2.015, en el que adjunta el nuevo listado de miembros, dentro del cual se encuentra el señor JOSE GREGORIO FONTALVO FRIAS.

Tampoco es objeto de discusión que para la fecha de desvinculación del actor -22 de diciembre de 2.018- se encontraba vigente el conflicto colectivo en virtud de que la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE LA EMPRESA PRODUCTOS QUIMICOS PANAMERICANOS “SINTRAPROQUIPA”, presentó pliego de peticiones ante la demandada el día 9 de abril de 2015, el cual concluyó con una vez fue resuelto el recurso de anulación interpuesto por la demandada contra el laudo arbitral, mediante sentencia SL1604- 2019 del 13 de febrero de 2019, proferida por la Corte Suprema de Justicia, es decir, en fecha posterior a la desvinculación laboral del demandante de la empresa PQP S.A, - tal como se desprende de los hechos de la demanda y la contestación de los hechos 15 al 20, en los que se admite dichas circunstancias.
(...)

Como se puede apreciar, dicha garantía sindical –fuero circunstancial-, se constituye en una verdadera prohibición para el empleador y es la imposibilidad de despedir sin justa causa, a cualquiera de los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso; y, lo que busca es que el empleador no utilice como retaliación la



facultad discrecional de despedir sin justa causa con el pago de la indemnización y que, si lo hace, dicho despido resulte ineficaz.

Para resolver el primer asunto, es preciso indicar que las partes el celebraron un contrato a término fijo de un año a partir del 22 de diciembre de 2014, en el cual consta como fecha de vencimiento el 22 de diciembre de 2015 - Págs. 179 a 180 Demanda Exp. Dig.- sin embargo, el mismo fue prorrogado del 22 de diciembre de 2015 al 22 de diciembre de 2016, del 22 de diciembre de 2016 al 22 de diciembre de 2017 y del 22 de diciembre de 2017 al 22 de diciembre de 2018, fecha en la cual terminó por vencimiento de dicha prórroga, en virtud del preaviso para no prorrogarlo por parte de la demandada, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T: *"1 Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra la determinación de no prorrogar el contrato con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente."*, el cual fue efectuado con la antelación debida, tal como se pasa a explicar.
(...)

Sobre este punto presenta reparos la apoderada judicial del demandante cuando señala en su recurso que el actor no tuvo conocimiento de tal comunicación porque para la fecha se encontraba gozando de sus vacaciones en la ciudad de Cartagena.

No obstante, tal como lo señaló la juez de primera instancia, esta Sala considera que debe dársele plena validez probatoria a la certificación allegada por la demandada, por cuanto se trata de una empresa de mensajería certificada y de amplia trayectoria en el país como lo es SERVIENTREGA, documento que no fue tachado de falso por la activa, y del que se desprende que el concepto de devolución fue "DESTINATARIO SE NEGÓ A RECIBIR", lo que claramente es indicativo que siendo el destinatario de la comunicación el señor JOSE GREGORIO FONTALVO FRIAS fue este quien no accedió al recibo de la misma, pues no obra prueba en el plenario que para dicha calenda -20 de noviembre de 2018- el actor efectivamente se encontrara fuera de la ciudad o que no se hubiere



entregado a la dirección correcta, pues es la misma que señaló el demandante en su interrogatorio.

Aunado a ello, señalan los testigos recepcionados en el proceso, tanto de la parte demandante como demandada y el mismo actor en su interrogatorio, que en una primera oportunidad se remitió la comunicación de preaviso con el señor Fredy, mensajero de la compañía y que este le puso de presente tal situación al señor José Fontalvo en una asamblea, por lo que al momento de su reintegro a la empresa después de las vacaciones - 03 de diciembre de 2.018- el actor ya tenía conocimiento de la intención de la demandada de no prorrogar el contrato de trabajo, y no como lo manifestó en la carta remitida al empleador cuando señala que solo se le fue informado hasta el día 21 de diciembre de 2.018 un día antes del vencimiento del mismo.

Tampoco es de recibo lo señalado por la activa cuando señala que la empresa debió notificarle la no renovación del contrato de trabajo al actor personalmente mientras se encontraba desarrollando sus labores, pues la obligación del empleador es preavisar con treinta días de anticipación tal determinación al accionante, conforme lo prevé el numeral 1º) del artículo 46 del C.S.T, subrogado por el art. 3º de la ley 50 de 1990, como como se evidencia en la documental en cita, la cual tiene fecha de 07 de noviembre de 2.018, remitida por Servientrega el 20 de noviembre del mismo año, es decir dentro del término antes señalado.

Se deja claro entonces que la expiración del plazo pactado no es una forma de terminación unilateral de contrato de trabajo con o sin justa causa, si no que se trata de una modalidad de finalización del vínculo, en otras palabras, por expiración del plazo pactado, y por ello no se torna en un despido injusto que impida la desvinculación de un trabajador amparado por fuero circunstancial, y cuando se trata de un trabajador con fuero sindical vinculado mediante contrato a término fijo, no puede interpretarse en estricto sentido como un despido; y por ende no requiere autorización judicial para darlo por terminado (...).



Ahora, el citado artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no consagra la prohibición de terminar, por las justas causas contempladas en la ley, el contrato de trabajo de quien esté en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Por ello, si lo que se controvierte en el juicio es la justeza del despido, el empleador tiene el deber de acreditar la efectiva ocurrencia de la misma, pues de no hacerlo, tal determinación, se considerará ineficaz y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios que consagra la norma en cita.

Ahora bien, le asiste razón al recurrente, en cuanto a que no era posible al Tribunal ordenar el reintegro, previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque la terminación del contrato se dio por vencimiento de plazo pactado.

A lo anterior, se agrega que la vinculación de trabajadores a través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas por las cuales se estructuran, se desarrollan y se terminan, conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST.

(...)

En consecuencia, para esta colegiatura, ciertamente, como lo estableció la juez de primera instancia, la pretensión de la demandante atinente a que se ordenara su reintegro y el pago de los consecuentes salarios y prestaciones sociales, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la terminación de su vínculo laboral se produjo por la expiración temporal del mismo, con el preaviso de 30 días señalado en la ley, de manera que, NO se torna en despido injusto que active la garantía que otorga el fuero circunstancial." **(Magistrada Ponente: Dra. Rozelly Edith Paternostro Herrera, Radicado Interno: 69.796-A, Mayo 12 de 2023).**

SALA PENAL



PRUEBA ILEGAL- Cotejo de voces/ EXCLUSIÓN DE EVIDENCIA- Improcedencia

“En este caso, los argumentos del recurrente se limitan a decir que las interceptaciones telefónicas aportadas por la Fiscalía son ilegales, pues nunca se hizo cotejo de voces; y sobre ese tópico versaran las consideraciones que se plasman a renglón seguido.

Ahora bien, hay que tener presente que, la prueba podría ser declarada ilegal con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de ilícita, con iguales consecuencias. (...).

De lo anterior se desprende que, el carácter de ilegal de una prueba «atañe al proceso de formación de la prueba, determinado por las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar los medios de conocimiento al proceso, al principio de legalidad en materia probatoria y a la observancia de las formalidades exigidas para cada medio probatorio en particular» (Cfr. CSJ AP820– 2021, 3 mar. 2021, rad. 53533).

La jurisprudencia de la Corte ha precisado que, la aptitud formal de la censura por la estructuración de este yerro exige: (i) identificar la prueba irregular, (ii) señalar la norma procesal que regula el proceso de incorporación del medio de prueba sobre el cual se predica la incorrección, (iii) explicar la forma como ocurrió la violación de la ley en la aducción o práctica de la prueba, (iv) acreditar la trascendencia de la irregularidad en la validez de la prueba y de ésta en el fundamento de la sentencia e, (v) indicar la norma sustancial finalmente infringida (Cfr. CSJ AP2563–2017, 26 abr. 2017, rad. 49648, reiterada en CSJ AP4225–2022, 2 sep. 2022, rad. 60645). Si seguimos el derrotero señalado por la Corte, encontraremos que, las alegaciones del recurrente no están llamadas a prosperar, tal y como se explica a renglón seguido.

En efecto, lo que se demanda es la exclusión por ilegal de las grabaciones obtenidas por la Fiscalía en desarrollo de las interceptaciones telefónicas



llevadas a cabo por el ente investigador, pues adolecen del requisito de cotejo de voces. Pues bien, si vamos a la norma que regula el acto de interceptaciones telefónicas tenemos que, el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal señala: (...).

Como puede verse, de la norma transcrita en manera alguna se desprende que la realización de un cotejo de voces sea un presupuesto legal de validez de las interceptaciones telefónicas; lo cual es apenas obvio, pues, esta última clase de diligencia está encaminada a establecer si las voces que se escuchan en las grabaciones es la de alguno de los acusados, lo que es más un tema atinente al valor suasorio de la prueba y no un presupuesto de validez de la misma.

Es por ello que, la Corte Suprema de Justicia ha indicado, de manera pacífica y reiterada, que no puede exigirse a manera de tarifa legal un cotejo de voz para dar por demostrada que la voz de un ciudadano es la que aparece en una grabación, puesto que a ese convencimiento se puede llegar con otros medios probatorios. (...).

En conclusión, el cotejo de voces no es un presupuesto de validez de las grabaciones obtenidas por la Fiscalía en desarrollo de las interceptaciones telefónicas llevadas a cabo por el ente investigador y por ello, mal puede decirse que la ausencia de ese cotejo tiña de ilegal la prueba misma y no hay lugar a decretar la exclusión demandada por el recurrente." **(Magistrado Sustanciador Dr. Demóstenes Camargo de Ávila, Radicado Interno: 2023 00048 P-CA, Abril 10 de 2023).**

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL/ LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA- Procedencia/ Requisitos para su decreto

"El presupuesto que define la situación de la libertad por pena cumplida corresponde más a una situación fáctica que jurídica, que se determina con el análisis del cómputo del término que se ha impuesto como sanción, pues habiendo sido éste satisfecho en reclusión formal por parte del sentenciado,



su libertad adviene obligada, sin importar incluso; que el interno haya tenido mala conducta, o que no haya desarrollado actividad alguna que permita al juez deducir que eficazmente se ha cumplido con un proceso de resocialización, que haya pagado la multa o los perjuicios, de modo tal que, el único obstáculo que podría encontrar un sentenciado para recobrar su libertad de forma inmediata por el cumplimiento total de la pena, es que le figure otra condena de prisión por ejecutar, o medida de aseguramiento que implique detención carcelaria o domiciliaria, o que simplemente no haya cumplido la pena impuesta.

El anterior marco teórico conceptual nos permite predicar la viabilidad de confirmar la providencia de primera instancia, en la medida en que, a pesar de lo infortunado que suena, lo cierto es que, en este caso, el sentenciado no ha cumplido con el quantum de la pena que le fue impuesta. En efecto, tal y como acertadamente señaló el a quo, el señor EDWIN GABRIEL ACOSTA NACITH, permaneció privado de su libertad desde el 27 de Julio del año 2017, fecha en la que se le impuso una medida de aseguramiento de carácter domiciliaria, hasta el 27 de febrero del año 2019, fecha en la que se dictó en su contra sentencia condenatoria sin subrogado penal alguno. En este punto es donde se centra la polémica en este caso, si se nos permite el término, pues según el recurrente, a diferencia de lo que estimó el A quo, el procesado continuó privado de la libertad en su casa después del 27 de febrero de 2019, y por ello, hasta la fecha, ya ha cumplido los sesenta meses a los que fue condenado. Sin embargo, como veremos a continuación esa consideración no adviene acertada, por las siguientes razones.

(...)

Desde esta perspectiva, es claro que, una vez se dictó la sentencia condenatoria en contra de Acosta Nacith, este dejó de descontar pena, pues a partir de ese momento no tenía una medida de aseguramiento vigente, ni estaba purgando la condena a él impuesta, pues esta era de naturaleza intramural, y, por ende, la única forma de cumplirla era en un establecimiento penitenciario.



Tampoco podemos pensar que, el sentenciado estaba descontando pena en una especie de prisión domiciliaria, puesto que la detención domiciliaria no se convierte automáticamente en prisión domiciliaria, dado que son figuras diferentes, especialmente en este caso, cuando este subrogado penal le fue negado en forma expresa al procesado.

La única forma como se podía entender que EDWIN GABRIEL ACOSTA NACITH, seguía descontando pena después de la sentencia condenatoria, habría sido si el mismo hubiese sido trasladado a una penitenciaría, tal y como lo ordenó el juez de conocimiento; pero ello nunca ocurrió, y, a pesar de que la omisión es atribuible al Estado, no por ello puede entenderse de manera ficticia, como pretende el recurrente, que el señor EDWIN GABRIEL ACOSTA NACITH, seguía privado de la libertad; pues de hecho no lo estaba. Así las cosas, es claro que el lapso de tiempo que, transcurrido desde el 27 de febrero de 2019, no puede tenerse como parte de la pena cumplida, porque simple y llanamente en ese periodo el penado no estaba cumpliendo su pena, y por ello, no puede predicarse que ha cumplido la pena de sesenta meses que le impuso el juez de conocimiento, por lo que la providencia apelada habrá de confirmarse." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Demóstenes Camargo De Ávila, Radicado Interno: 2023 00064 P-CA, Abril 19 de 2023).**

FABRICACIÓN Y PORTE ILEGAL DE ARMAS- Materialidad de la conducta/
ESTIPULACIONES PROBATORIAS- Evidencia física: Informe de balística

"En el presente caso, la inconformidad del censor, anida en los siguientes puntos: (i) que existió un incumplimiento por parte de los policías captores de la Aplicación de los Protocolos y procedimiento de la Cadena de Custodia para garantizar la autenticidad del arma de fuego incautada por lo considera que no existe un convencimiento más allá de toda duda razonable, y consecuentemente invoca el principio universal del INDUBIO PRO REO, en el sentido de que existe una duda sobre la autenticidad del



elemento incautado, que por ser una arma artesanal puede fácilmente ser confundida o cambiada, y en consecuencia al ser este elemento el eje fundamental para la tipificación de la conducta endilgada, considera que debe existir absolucón a favor del Procesado.

Así las cosas, la Colegiatura dará respuesta a la premisa expuesta por el libelista de la siguiente manera:

El asunto de disenso se trata, en esencia de la aplicación de protocolos y la ejecución del procedimiento de cadena de custodia con respecto al arma de fuego incauta por parte de los agentes de policía DANIELA ROMERO HERNANDEZ y RAFAEL PEÑARANDA PÉREZ, lo cual según el recurrente compromete la valoración probatoria de dicho elemento y crea una duda clara con respecto a la autenticidad del mismo y por ende se debería dar la aplicación del principio del in dubio pro reo.

Con respecto a la cadena de custodia y su procedimiento, se ha establecido en el sistema de investigación y juzgamiento introducido con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004, que se requiere que el material probatorio conserve su autenticidad con el fin de garantizar su aptitud demostrativa. Lo anterior con el fin de blindarse frente a eventuales riesgos de destrucción o alteración antes de ser presentado ante el funcionario judicial respectivo. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga:

"CADA ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA RECOGIDOS EN ALGUNAS DE LAS INSPECCIONES REGULADAS EN LOS ARTÍCULOS ANTERIORES, SERÁ ASEGURADO, EMBALADO Y CUSTODIADO PARA EVITAR LA SUPLANTACIÓN O LA ALTERACIÓN DE ESTE. ELLO SE HARÁ OBSERVANDO LAS REGLAS DE CADENA DE CUSTODIA". En la misma dirección, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad "DEMOSTRAR LA AUTENTICIDAD DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA."

Es claro también que la sujeción a las normas de cadena de custodia, conforme lo ha dicho la jurisprudencia de la Alta Corte, garantizan el



principio de mismidad, al tenor del cual la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores (CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598).

Por lo que, en caso de no someterse a cadena de custodia, la autenticación podrá hacerse de acuerdo con el inciso segundo del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, mediante cualquier medio probatorio, INCLUYENDO TESTIGOS QUE TENGAN CONOCIMIENTO "PERSONAL Y DIRECTO" de los hechos, conforme lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, con la posibilidad de ser sujetos a contrainterrogatorio. (...).

Observa la Sala que, de acuerdo con lo probado por la Fiscalía a la altura de la Carrera 43 con Calle 70 Barrio Delicias, el día 7 de agosto de 2019 fue capturado DENYERBER ENRIQUE LUCHON ROSENDO en el momento en el que llevaba consigo, un arma de fuego, tipo pistola, compatible con calibre 38 especial, sin marca, numero serial o interno, de fabricación hechiza, atribuyéndole al procesado su porte sin permiso de autoridad competente. El arma de fuego fue recogida por los patrulleros DANIELA ROMERO HERNANDEZ y RAFAEL PEÑARANDA PEREZ, quienes así lo declararon el juicio, así como también la forma en que llevaron a cabo la incautación y trámite de custodia del arma de fuego. (...) (...).

Vale recordar que ante la falta de procedimiento de cadena de custodia o la falta de aplicación de ciertos protocolos tendientes a dicho trámite, la validación del mismo, y de la autenticidad del elemento probatorio puede ser suplido como insiste la honorable Corte en proveído citado, "a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, o de cualquier medio probatorio que dé cuenta de los hechos y evidencia física recolectada."

Por ello, una vez cotejadas ambas declaraciones de los patrulleros quienes son testigos directos de los hechos acaecidos en la presente causa, se tiene



que ambos testimonios son congruentes y guardan concordancia con respecto al trámite realizado sobre el sujeto y el arma incautada, pues es claro en su relato que realizaron el procedimiento de captura del procesado, incautación y cadena de custodia del arma de fuego.

Concuerda esta sala con el juez de primera instancia en que si bien los patrulleros no siguieron los protocolos de cadena de custodia de manera estricta, ya que el inciso segundo artículo 254 de la ley 906 del 2004, establece que la cadena de custodia se iniciara en el lugar donde se encuentre o recauden los EMP o evidencia física, y dicho trámite se inició en las instalaciones de la URI según lo manifestado por los patrulleros, lo cierto, es que los captores, específicamente el patrullero RAFAEL PEÑARANDA, aseguraron el arma de tal manera, que se preservara en su individualidad, autenticidad o mismisidad, lo cual fue corroborado en sus testimonios, realizando una descripción, y reconocimiento detallado del arma incautada, y narrando de manera similar el trámite realizado posteriormente en las instalaciones de la URI, para poner en a disposición de policía judicial el arma de fuego incautada, la cual dicho sea de paso tenía las mismas características que reposan en las fotografías de la experticia técnica incorporada a través de una estipulación probatoria realizada por las partes.

Es claro entonces que, acorde con lo dicho por el A quo, el hecho de que no se sigan los protocolos de cadena de custodia cuando se recolectan elementos materiales probatorios o evidencia física en un caso particular, no significa que la evidencia sea per se ilegal e inadmisibles ante el Juez de conocimiento, pues su autenticidad se puede corroborar por otros medios como es el caso de los testimonios rendidos por los patrulleros, en los cuales a juicio de esta sala se logra corroborar la autenticidad y mismisidad del arma de fuego incautada, pues dicho procedimiento de cadena de custodia fue realizado en las instalaciones de la URI una vez asegurada el arma por parte del patrullero.

Ahora bien, observa la Sala que a través de la estipulación probatoria número 4 se estipuló el hecho que el arma puesta a disposición del perito



balístico, sobre la cual se realizó la experticia, es una tipo pistola, compatible con calibre 38 especial, sin marca, numero serial o interno, de fabricación hechiza, funcionamiento tiro a tiro, capacidad de carga un cartucho en su recamara, sin cachas, empuñadura metálica, en buen estado de funcionamiento y conservación, apta para realizar disparos, y, clasificada como de defensa personal.

Que de dicha estipulación se incorporó como prueba al proceso el INFORME INVESTIGADOR DE LABORATORIO BALISTICA SIJIN MEBAR suscrito por el perito en balística MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MONTENEGRO, quien en dicho informe debidamente incorporado pone de presente lo siguiente:

Para el presente estudio técnico, se recibió en el laboratorio de balística forense, solicitud de análisis número 201908370 de fecha 7/08/2019, firmada por el patrullero MAURO MUÑOZ VERGARA, junto con una caja de cartón, rotulada y con sus respectiva cadena de custodia diligenciada, los cuales presentan el mismo número de noticia criminal (080016001055201905549) relacionado en la solicitud y en los formatos de cadenas de custodia; documentos que refieren 01 Arma de fuego fabricación artesanal color negro, cacha metálica cuerpo metálico, mecanismos" Al abrir el contenedor se observa un arma de fuego tipo pistola; estos elementos presentan las siguientes características técnicas (...)."

En este sentido, se logra apereibir que el arma de fuego incautada fue recibida por el perito de balística debidamente rotulada y embalada, como se constata en la fijación fotográfica de dicho informe, lo cual, junto con los testimonios presentados por los patrulleros corroboran que se está en presencia de la misma arma, ya que si bien el procedimiento de cadena de custodia no fue realizado conforme a los preceptos legales, se puede corroborar a través de las pruebas ya referidas que en efecto el arma fue asegurada y posteriormente se practicó protocolo de cadena de custodia sobre esta en las instalaciones de la URI Barranquilla, y si bien, no se aportó el formato de cadena de custodia, la existencia de dicho documento, junto con el trámite respectivo son corroborados en el informe de balística



debidamente incorporado al proceso que da fe que el arma de fuego incautada fue entregada con su respectiva cadena de custodia y junto con el formato antes mencionado para el estudio pericial." **(Magistrado Sustanciador Dr. Jorge Eliecer Mola Capera, Radicado Interno: 2022-00084 P-MC, Abril 12 de 2023)**

NULIDAD PROCESAL- Inexistencia/ Ausencia de defensa técnica/
PREACUERDOS- Irretractibilidad una vez se verifique de cargos por el juez de conocimiento

"2.- De entrada, la Sala, advierte que, revisados los registros de audio de las audiencias celebradas en este proceso y que reposan en la foliatura, el Juez de primer nivel si verificó que la aceptación de cargos mediante preacuerdo que realizó el procesado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO fue producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por su defensor técnico.

3. En efecto, en audiencia celebrada el día 16 de mayo de 2018, se verbalizó el acta de preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado ARRIETA CASTRO, que, además, suscribieron y avalaron las representantes de víctimas, de contera, se puso en conocimiento del acusado las garantías constitucionales y legales que tenía en ese momento, al igual que las consecuencias jurídicas de la aceptación de la negociación, todo lo cual presenció un delegado del ministerio público.
(...).

3.- Contrario a lo afirmado por el censor, vemos que, en vista pública celebrada el día 16 de mayo de 2018, el Juez de primer nivel fue prolijo en la exposición de las garantías y derechos que le asistían al procesado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO, respecto de la aceptación de cargos a través del preacuerdo, de contera, se mostró incisivo en el momentos en el que verificó la aceptación de cargos fuese libre, voluntaria, debidamente informada y asesorada del acusado, incluso, concedió en dos ocasiones al procesado el término necesario para que conversara con su defensor técnico acerca de las consecuencias jurídicas del preacuerdo.



4.- Ahora bien, cabe relieves que, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, reseñada up supra, enseña que si el acusado acepta los delitos endilgados, se hace vigente el principio de irretractabilidad y surge la imposibilidad, de discutir lo relacionado con la responsabilidad penal admitida, para alegar su inocencia (retractación total), o en procura de buscar una forma de degradación (retractación parcial), excepto que en ese acto procesal se haya incurrido en transgresión de sus garantías fundamentales.

5.- En ese sentido, no escapa a la Sala que, el recurrente, pretende soslayar que, corresponde al afectado la demostración de alguna irregularidad que hubiere viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos, a pesar de ello sólo atinó a que, el Juez de conocimiento debía interrogar a su patrocinado acerca de si la celebración del preacuerdo fue voluntario, sin coacción de alguna autoridad y de la defensa; sin embargo, como hemos visto dicha verificación, se realizó por parte del Juez de conocimiento, quien recordó al procesado que su decisión de aceptar o no el preacuerdo se imponía, incluso, sobre la de su defensor, (...).

5.2.- Sobre ese puntual tópico, cabe señalar que, el defensor más allá de aportar (i) la aludida documentación que en honor a la verdad hace referencia a conversaciones de su patrocinado y el otrora abogado de la defensa, y a (ii) deprecuar la referida inspección judicial, se abstuvo de explicar en qué forma se presentó la presunta coacción ejercida por el defensor anterior, con lo cual se reitera soslayó de forma injustificada la carga de demostrar alguna irregularidad que hubiere viciado el consentimiento de su patrocinado o, en general, quebrantado sus derechos, pues recordemos que, en el sistema penal acusatorio rige por regla general el principio de la carga dinámica de la prueba, la cual “implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor”, tal como lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, (...).

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada,



pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia.

5.3.- De lo anterior se sigue que, corresponde a la fiscalía la carga de la prueba para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, por su parte la defensa debe alegar los aspectos que le favorecen y aportar los medios necesarios para demostrarlos, verbigracia, como cuando dentro de su estrategia defensiva pretende desdecir del procedimiento de verificación del preacuerdo ó en otros caso quiere imponer una tesis factual alternativa, desacreditar pruebas de la fiscalía, sembrar la duda, o cuando solicita la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

6.- De otro lado, en el registro de la audiencia de verbalización y verificación del preacuerdo, lo que se avizora es que, el procesado, inicialmente, manifestó que no se consideraba culpable de ciertos delitos que se le imputaban, entonces, aceptaba por miedo a que se le aumentara la pena en el juicio, sin embargo como vimos antes el Juez de primer nivel, nuevamente le concedió la oportunidad de conversar con su defensor técnico, recordándole que, esa decisión debía ser consciente, voluntaria, libre de apremios y sin vicios del consentimiento, además, le advirtió al acusado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO que, si había otra razón, esa era su oportunidad de manifestarlo. (...).

6.1.- Finalmente, el procesado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO, luego de conversar con su defensor técnico, expresó en esa vista pública que, de manera voluntaria y debidamente ilustrado aceptaba el preacuerdo, incluso, seguidamente, aprovechó para pedir perdón a las víctimas, partes e intervinientes dentro de esta actuación.



7.- De ahí que, de lo registrado, en la actuación, no se advierte, ninguna presión o coacción por parte de la defensa, la Fiscalía o del juez de conocimiento para que el acusado aceptara cargos por la vía del preacuerdo, por el contrario, carece de sustento la afirmación del censor, pues la condena es producto de su aceptación de responsabilidad, la cual se observa efectuada con respeto de sus garantías fundamentales, descartándose así, la violación de los derechos al debido proceso y de defensa invocada por la el recurrente.

- De la oportunidad del procesado para retractarse de los preacuerdos.

8.- Desde otra arista, el defensor sostiene que, la inconsistencia del otrora defensor en aceptar que se dictara fallo y llevara a cabo la lectura de sentencia sin el procesado afectó los derechos al debido proceso y de defensa; al respecto, indicó que, el procesado tenía intenciones de retractarse del preacuerdo en el momento de la lectura del fallo, pero no fue conducido por culpa del INPEC y la penitenciaria EL BOSQUE al estrado judicial del JUEZ SEPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA Y CAUSAS MIXTAS, quien debía interrogarlo sobre si el preacuerdo fue voluntario, sin coacción de alguna autoridad y de la defensa, ya que es evidente la voluntad del acusado y debió estar presente en la lectura del fallo para hacerle el interrogatorio para avalar el preacuerdo.

(...)

10.- A partir de esta normativa, refulge con claridad meridiana la falta de arraigo de la postulación del recurrente, cuando sugiere que, su patrocinado contaba con la posibilidad de retractarse del preacuerdo celebrado con la fiscalía en las audiencias de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y en la diligencia de lectura de sentencia, pues, como viene de verse, la normativa en comento establece que, examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

(...)



Esa redacción textual y la referencia expresa a un “acuerdo”, claramente delimita sus alcances dentro del espectro de la negociación bilateral del procesado y su defensa con el fiscal, dado precisamente que en tratándose de un acto realizado por las partes sin ninguna intervención judicial, sólo cuando se presenta ante el juez de conocimiento es posible que este funcionario, como directamente lo relaciona la norma, realice el primer control, remitido a verificar que la aceptación de cargos inherente al mismo es voluntaria libre y espontánea; ocurrido ello, procede después, como lo señala también el apartado normativo citado, a convocar para la audiencia de individualización de pena y sentencia.

(...)

Debe examinarse, conforme el contexto descrito, que el artículo 131 involucra a los jueces de garantías o de conocimiento en la verificación de que la aceptación es libre voluntaria, consciente y completamente informada, cuando se trata de allanamiento a cargos, al tanto que la sistemática del artículo 293, conforme lo plasmado en su segundo inciso, específicamente se dirige a los asuntos que derivan de la transacción bilateral generadora del preacuerdo sometido a conocimiento del juez.

Es en seguimiento de lo anotado que ese inciso segundo exclusivamente atribuye la función verificadora al juez de conocimiento y de forma expresa remite al “acuerdo”, pues, sobra recalcar, este tipo de actos de parte se realizan siempre por fuera del proceso formalizado, sin intervención del juez, y deben ser presentados siempre al funcionario de conocimiento quien, por obvias razones, ha de verificar lo que hasta entonces ningún funcionario judicial ha examinado, luego de lo cual debe individualizar la pena y emitir el consecuente fallo condenatorio.

En este orden de ideas, es apenas natural que la norma permita la retractación que obedezca al simple querer del imputado o acusado, en tanto, lo que hasta ese momento se ha realizado apenas refleja las negociaciones efectuadas por fuera del proceso y nada de lo consignado en el acta de preacuerdo ha sido sometido a control judicial.

(...)

16. Lo precedente, en síntesis, quiere significar que, en virtud del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, modificado por el canon 69 de la Ley 1453 de 2011,



«una vez el juez de conocimiento examina que el acuerdo celebrado entre el proceso y la Fiscalía es voluntario, libre y espontáneo, y procede a aceptarlo, a partir de ese momento no es posible alguna retractación». (CSJ SP, 11 Jun. 2014, radicado 41188).

(...)

13.- En el sub lite, tal como viene reseñado up supra, el día 18 de mayo 2018 se verbalizó el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO, quien estuvo asesorado por su defensa técnica, en esa misma diligencia el Juez de conocimiento verificó la legalidad de la negociación e impartió aprobación a la misma, así mismo, fijó fecha para surtir el trámite de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, por tanto, desde esa data no era posible la retractación del acusado.

- De la no concurrencia del procesado a las audiencias de que trata el artículo 447 de Ley 906 de 2004 (individualización de la pena y sentencia) y de lectura de sentencia.

14.- De otro lado, encontramos que, el recurrente, se duele al señalar que, el señor juez reconoció que, se citó al procesado pero el INPEC no lo trasladó de la penitenciaría "EL BOSQUE" a su Despacho, que tuvo que requerir al director para que se hiciera por audiencia virtual, y se le facilitara los mecanismos para la celebración; no obstante, el INPEC hizo caso omiso a los requerimientos, inclusive, podían trasladarse a la penitenciaría "EL BOSQUE" para que estuviese presente y celebrar en presencia del acusado esa lectura de fallo y sentencia, pero al dejar a un lado los derechos del acusado el juez acogió la tesis del señor fiscal de apoyo.

15.- Al respecto, conviene precisar que, el día 18 de mayo de 2018, el Juez de conocimiento verificó la legalidad de la negociación e impartió aprobación a la misma, así mismo, fijó fecha para surtir el trámite de individualización de la pena de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el cual luego de varios fracasos se efectuó el día 1º de noviembre de 2018, fecha en la que además se llevó a cabo la lectura de la sentencia, sin la presencia del acusado quien no fue trasladado por el INPEC.



15.1.- Ciertamente, la actuación da cuenta que, la diligencia fracasó (i) el día 7 de junio de 2018, por la inasistencia del fiscal, el defensor y el procesado privado de la libertad quien no fue trasladado por el INPEC, (ii) el día 9 de agosto de 2018, por la inasistencia del procesado privado de la libertad quien no fue trasladado por el INPEC, según el acta de la diligencia el señor fiscal solicitó que en el evento que en la próxima ocasión no se traslade al procesado por parte del INPEC la diligencia se realizara en forma virtual, lo cual fue coadyuvado por la defensa y el ministerio público, por la inasistencia del procesado, (iii) el día 25 de octubre de 2018, por la inasistencia del procesado privado de la libertad quien no fue trasladado por el INPEC, en esa oportunidad el juez de conocimiento dispuso oficiar al INPEC, para lograr el traslado del acusado a ese estrado judicial en la próxima oportunidad, en caso de fuerza mayor se disponga la realización en forma virtual y de lo contrario el juzgado se trasladaría al establecimiento penitenciario para realizar la diligencia, tal como quedó consignado en oficio 2010 de esa fecha librado por el juez de conocimiento.

(...)

15.5.- Finalmente, el señor Juez, con base a las intervenciones de las partes e intervinientes, señaló que, el procesado estaba investido del derecho de asistir a las audiencias por ser el protagonista, el enjuiciado, pero que, la jurisprudencia, también, ha señalado que la víctima tampoco puede ser marginada de la actuación, máxime, cuando se trata de menores de edad, quienes por virtud del artículo 44 de la Constitución, sus derechos prevalecen sobre los demás. Agregó que, el derecho del procesado de asistir a las audiencias no era absoluto, de ahí que, su inasistencia a la diligencia no hace nugatoria la misma, además éste ha estado asistido por su defensor técnico y aceptó preacuerdo por lo que conoce los términos en que se dictará la sentencia mediante un sistema premial, en virtud de lo anterior dispuso continuar con la diligencia de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal.

16.- La Sala por su parte, no observa la trascendencia del yerro que alega el recurrente, dado que, en primer lugar, si bien es cierto, la audiencia a la que no fue trasladado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario tenía por objeto desarrollar el trámite de individualización de la pena y sentencia



de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, no lo es menos que, a través del preacuerdo se pactó entre las partes la pena a imponer al procesado ALVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO, esto es, 16 años de prisión y 3000 S.M.L.M.V.; igualmente, se otea que, en el acta de la negociación, se dejó constancia de que la fiscalía acordó con el imputado y su defensor que no se solicitaría el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no estar reunidos los requisitos objetivos ni subjetivos del artículo 63 del C.P.

(...)

18.- Lo que se avizora, con el recurso de apelación es un desacuerdo del defensor actual con la gestión del abogado que lo antecedió en la representación del procesado, la estrategia defensiva adoptada y los resultados de la actuación a través del preacuerdo, lo cual se evidencia claramente, cuando sostiene que, es necesario nombrar perito para que tase la pena, además, se duele de la multa impuesta a su patrocinado. Sin embargo, se trata sólo de apreciaciones de quien estima que no se ejerció una buena gestión de defensa técnica, conclusión que la Sala no puede confirmar o infirmar, por cuanto, no le compete cuestionar o descalificar la estrategia defensiva asumida por el apoderado judicial. (...).

(...)

Además, la ley no le impone al abogado derroteros a seguir en el desarrollo de la gestión encomendada, ni le fija direccionamientos de ninguna índole y no existen reglas preestablecidas por la ciencia del derecho que indiquen que frente a una determinada situación deba actuarse de una específica manera, o plantearse unas concretas tesis defensivas.

19.- Ciertamente, no escapa a la Sala que, el recurrente se duele de la pena de prisión y la multa impuesta a su patrocinado, sobre esta última, solicita que sea juratoria (sic); al respecto, cabe reiterar que, ello correspondió a la pena pactada entre las partes, además, cabría señalar que, no sería válido deprecar que no se imponga pena de multa "pecuniaria" como lo solicita el apelante, dado que, ella viene prevista como acompañante de la pena de prisión por el legislador, quien determina que sea esa y no otra la que deba ser aplicada en cada caso, en virtud del principio de legalidad, (...).

(...).



24.- Finalmente, si el recurrente insiste en que en las audiencias previstas en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y la lectura de sentencia, su patrocinado tenía la intención de retractarse, como hemos visto, ya para esa data se había perdido dicha oportunidad, en todo caso, podía interponer recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proponiendo vicios del consentimiento o la violación de garantías fundamentales, como en efecto lo hizo el letrado, por tanto sus alegaciones no encuentran eco en esta Colegiatura por las razones antes vistas.

- Nulidad de la actuación por violación del debido proceso y el derecho de defensa.

25.- Igualmente el recurrente se duele al señalar que, el fiscal que asistió a las audiencias de individualización de la pena y sentencia, así mismo, lectura de fallo, era de apoyo, ya que el caso le correspondía a la CLAUDIA CORNEJO quien venía conociendo del juicio oral y firmó el preacuerdo, por eso estima que, se afecta el debido proceso y el derecho a la defensa, dado que, por ser un fiscal nuevo desconocía el material sobre los hechos del preacuerdo y sobre todo el proceso. El recurrente, también, expuso que, quizá en otra audiencia no se afectaría el debido proceso del acusado, pero tal como lo plantea el doctrinante y tratadista del derecho penal ELIODORO FIERRO MENDEZ, los cambios de fiscales afectan de cierto modo el debido proceso, y en el caso que nos ocupa el señor fiscal de apoyo se refirió solamente a proteger el derecho de los menores de acuerdo al decreto 1098 del 2006 Artículo 199, así mismo, argumentó que, se encontraba la defensa técnica y se presumía que no era necesaria la presencia del acusado.

26.- Para esta Colegiatura, el censor no acreditó de qué manera se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de su patrocinado, con la asistencia del doctor CARLOS NEWBALL RODRIGUEZ como representante de la fiscalía en ese entonces coordinador de la Unidad CAIVAS de Barranquilla, quien, al inicio de la audiencia, señaló que, acudía como fiscal de apoyo de la fiscal CLAUDIA CAMPO, titular del proceso, dado que, a esta última por motivos personales le fue imposible acudir a la diligencia; no obstante ello, se otea que, ese aspecto no le impidió pronunciarse en el traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, refiriendo que, los



datos personales, la plena identidad, la condición personal, social y familiar del procesado, se encontraban acreditados en la foliatura, además que, se sometía a la tasación de la pena pre acordada, finalmente, que en la negociación se precisó que no procedía subrogado penal previsto en el artículo 63 del código penal ni rebaja puesto que, ello se encuentra prohibido por la Ley 1098 de 2006, tratándose las víctimas de menores de edad.

27.- Igualmente, se observamos que, el recurrente, sostuvo que, el artículo 447 del código de procedimiento penal, sobre la individualización de la pena y sentencia, establece que, escuchado los intervinientes el juez señalará el lugar fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia de un término que no podrá exceder de 15 días contado a partir de la terminación del juicio oral, y estima que, se violaron esos términos; además arguyó que, no se tuvo en cuenta la norma 448 ni por el fiscal ni por el juez ya que su patrocinado en ese escenario ha podido ser absuelto por delitos por los cuales no se han solicitado condena, verificar la congruencia de los cargos imputados en la acusación lo que se armoniza también con la violación del debido proceso y la norma sustancial.

28.- Las anteriores censuras son desacertadas, pues no se acompasan con lo obrante en la foliatura, en primer lugar, porque contrario a lo señalado por el recurrente, el juez de primer nivel, el día 1º de noviembre de 2018, posterior al trámite de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, inmediatamente, procedió a dar lectura a la respectiva sentencia condenatoria en la misma data.

29.- En segundo lugar, muy a pesar de que, el censor advierte que su patrocinado ha podido ser absuelto por delitos por los cuales no se han solicitado condena, así mismo, correspondía que correspondía al juez verificar la congruencia de los cargos imputados en la acusación lo que se armoniza también con la violación del debido proceso y la norma sustancial alegada, no demuestra que ello en efecto tuvo lugar dentro de la presente actuación, dejando de lado su obligación de fundamentar dicho ataque.

30.- En todo caso, cabe señalar que, en la audiencia adiada 23 de enero de 2017, la Fiscalía 12ª Seccional de la Unidad CAIVAS de esta ciudad,



formuló acusación contra ÁLVARO ENRIQUE ARRIETA CASTRO como autor de los delitos de:

(i) respecto de la menor T.P.F.B, por acto sexual violento en concurso homogéneo y sucesivo (4 hechos) agravado (artículos 208 y 211 numeral 4 del C.P.) y acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211 numeral 4 del C.P.) con circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 17° del artículo 58 del código penal; (ii) respecto de la menor A.K.M.S., por acceso carnal violento (artículo 205 del C.P.), en concurso con actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 inciso 2° del C.P.) con circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 17° del artículo 58 del código penal; (iii) respecto de la víctima M.R.P., por los delitos de acceso abusivo a un sistema informático (artículo 269 A del C.P.), en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de violación de datos personales (artículo 269 F del C.P.), en concurso con extorsión agravada (artículo 245 numeral 3 del C.P.)." **Magistrado Sustanciador: Dr. Luigui José Reyes Núñez, Radicado, 2019-00237, Mayo 16 de 2023)**

AUDIENCIA PREPARATORIA- Exclusión de evidencia/ **AUTO QUE DECRETA PRUEBAS-** No procede recurso de apelación/ **PRUEBA ILEGAL E ILICITA-** Diferencias

"2.- Se busca demostrar que estando la investigación en indagación fue violentada su reserva y existió, tal como existe una indebida injerencia de otro despacho fiscal de manera especial en relación con las obligaciones de los policías judiciales asignados para realizar los actos de indagación, concretamente Carlos Lechuga. Cabe recordar que los hechos que se le acusaron a LECHUGA CABALLERO se sucedieron supuestamente al interior del caso 080016001062201600066 que gozaba de reserva judicial y legal. Sera introducida por el acusado o con la lectura que de ella se haga por la defensa por tratarse de documento público.

7.- Como viene de verse el defensor, señaló que, el oficio no. 20440- 04-03-19-093 del 7 de abril de 2018 librado por la doctora GLORIA PATRICIA RÚA ESPINOZA mediante, la cual se da respuesta al procesado, quien, solicitó



que se certificará si el Despacho de esa funcionaria impartió orden de trabajo de policía judicial dentro de la investigación 05001600248201509726 y otras, es importante para demostrar que su patrocinado no tenía que responder a acto u orden impartida por la Fiscalía 19 especializada de Medellín, y que lo actuado en su contra es una clara injerencia indebida en un proceso.

7.1.- De igual modo apuntó que, en el Oficio No. f64-eda-0369 del 12 de septiembre de 2018 firmado por el doctor CARLOS DANGONG OROZCO, Fiscal 64 seccional EDA, da respuesta a derecho de petición elevado por CARLOS LECHUGA y le informa que no es posible acceder a su petición por tratarse de copias solicitudes relacionadas con la información y de piezas procesales que hacen parte de un caso que se encuentra en etapa de indagación y sobre el cual es necesario mantener la reserva. En ese sentido, resaltó que, pretende demostrar que estando la investigación en indagación fue violentada su reserva y existió, tal como existe una indebida injerencia de otro despacho fiscal de manera especial en relación con las obligaciones de los policías judiciales asignados para realizar los actos de indagación, concretamente Carlos Lechuga, de contera, recordó que los hechos por los que acusaron a LECHUGA CABALLERO presuntamente sucedieron al interior del caso 080016001062201600066 que gozaba de reserva judicial y legal.

8.- Desde esa perspectiva se otea que, el defensor del acusado, no dio una explicación clara y puntual sobre la relación directa o indirecta de dichos medios de conocimiento con los hechos que constituyen tema de prueba, que como vienen reseñados en el escrito de acusación, corresponden a que CARLOS ALFREDO LECHUGA CABALLERO en su calidad de investigador de la Fiscalía General de la Nación, presuntamente incurrió en conducta omisiva consistente en la no entrega de informe en donde debía relacionar las tareas encomendadas, por la Fiscalía Primera de la Unidad de Estructura de Apoyo de Barranquilla quien tenía la investigación radicada bajo el NUC 08 001 60 01062 2016 00066, además que, habiendo recibido entrevistas a los señores JUAN CARLOS SALAZAR GOMEZ, RUFINO SEGUNDO MEDINA



MARRUGO Y GENARO DE JESUS DUQUE SALAZAR y conociendo la situación irregular del predio investigado, ocultó evidencias, permitió y coadyuvó con ello a la venta fraudulenta del predio de TURBACO por parte de las personas referenciadas, quienes incrementaron su patrimonio injustificadamente.
(...)

10.- Ciertamente, de la argumentación expuesta por el censor no se extrae qué, relación guarda éstos medios cognoscitivos con los hechos o circunstancias relativos a la presunta comisión de las conductas delictivas que se le endilgan a su patrocinado y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado, de contera, no precisó si servirán para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito, tal como lo establece el artículo 375 del código de procedimiento penal.

11.- En efecto, más allá de que, la Fiscalía 19 especializada de Medellín, corresponde al Despacho del ente acusador encargado de la presente investigación, no se otea en la argumentación del defensor la relación directa o indirecta de dichos medios de conocimiento con los hechos que constituyen tema de prueba, que como viene de verse, hacen referencia a hechos acaecidos en virtud de labores encomendadas al acusado CARLOS ALFREDO LECHUGA CABALLERO, en su condición de investigador de la Fiscalía General de la Nación, por parte de la Fiscalía Primera de la Unidad de Estructura de Apoyo de Barranquilla dentro de la investigación radicada bajo el NUC 08 001 60 01062 2016 00066.

12.- Conforme a los anteriores razonamientos, dígame sin más preámbulo que la Sala comparte la decisión del funcionario a - quo de inadmitir (i) respuesta a derecho de petición librada por la doctora GLORIA PATRICIA RÚA ESPINOZA mediante oficio no. 20440-04-03-19-093 del 7 de abril de 2018, y (ii) el oficio NO. F64-EDA-0369 del 12 de septiembre de 2018 firmado por el Dr. CARLOS DANGOND OROZCO, Fiscal 64 Seccional EDA, dando respuesta a derecho de petición, en la medida que no se avizora en la argumentación



del defensor, precisión de la pertinencia directa o indirecta, de esos medios de convicción.

- De la solicitud de exclusión por ilegalidad.

13.- Desde otra arista, se tiene que, el juzgado de origen, decretó como prueba de la fiscalía el testimonio de (a) la patrullera CAROLINA SÁNCHEZ GONZALEZ y el Subintendente LEONARDO QUIROGA PEREZ, quienes depondrán respecto de las entrevistas halladas al momento de la captura del procesado y (b) CHARLES TRIANA PAREDES, ROSEMBER CHACON CASTELLANOS y ELDER GALAN ORDOÑEZ, quienes realizaron el registro y allanamiento a inmueble de Juan Carlos Salazar, en donde hallaron copia de la entrevista que el señor Lechuga le había recibido al señor Juan Carlos Salazar por el predio objeto de la investigación (sic).

14.- El defensor, solicitó la exclusión de los anteriores medios de prueba y al respecto argumentó: DIANA CAROLINA SANCHEZ Y EL SUBINTENDENTE LEONARDO QUIROGA PEREZ, grupo DIJIN, tratándose de documentos incautados en diligencia de captura, debieron de ser legalizadas dichas incautaciones por parte de un juez de garantías. Cabe tener en cuenta que el motivo de la diligencia era capturar al señor Lechuga Caballero, y no buscar elementos materiales probatorios o evidencia física. habiéndose incautado elementos sin existir la orden para ello, se torna entonces ilícita su adquisición - incautación - por exceder los motivos de la orden de captura de LECHUGA. Esto, por una parte, por la otra, no existe acta de legalización de la incautación de dichos documentos por parte del juez de garantías que se convirtieron en evidencia física para la fiscalía, en contra de Lechuga, al menos no se aportó la prueba de que esas incautaciones hubiesen sido declaradas legales. Y agregó, no se incautó un bien, pero se incautaron elementos materiales para luego pretender convertir en evidencia física – documental - ello viola el debido proceso y derechos de no autoincriminación del acusado.

12. En acta de la audiencia preparatoria del 15 de julio de 2020, se dejó constancia de que: Se continua con la intervención del defensor



relacionada con la exclusión de las solicitudes probatorias de la fiscalía, sin embargo, no se le logra entender por cuanto su conexión presenta fallas y se le escucha entrecortado. Se decide de común acuerdo con las partes organizar las objeciones a las solicitudes probatorias por escrito y correr traslado el día para facilitar la intervención y entendimiento de las partes. Se tornó ilegal la prueba en razón a omitirse el cumplimiento de requisitos de validez de su obtención, su legalización ante el juez de garantías de conformidad con el art. 29 superior y el art 237 del CPP. Para este caso también se tiene la prueba como ilícita, en razón a que fue obtenida en una diligencia de captura, más no de allanamiento y registro, que sería la que permitiría buscar e incautar evidencias o elementos materiales probatorios. (...)

15.- Como se ve el defensor solicitó la exclusión de los anteriores elementos probatorios y medios cognoscitivos solicitados por la fiscalía, arguyendo la ilegalidad de los mismos, por haberse producido con ausencia de los requisitos que el legislador dispuso para ello, lo cual sustenta en que la evidencia (i) fue obtenida en una diligencia de captura, mas no de allanamiento y registro, que sería la que permitiría buscar e incautar evidencias o elementos materiales probatorios, (ii) tratándose de documentos incautados en diligencia de captura, debieron de ser legalizadas dichas incautaciones por parte de un juez de garantías y (iii) tratándose de elementos materiales probatorios hallados en diligencia de allanamiento y registro estos debieron ser materia de legalización ante el juez de control de garantías.

16.- El Funcionario de primer grado, al negar la solicitud de exclusión de prueba en comento, inicialmente, connotó que, sobre el tema de exclusión de alguna evidencia, lo importante para el Juez es tener la suficiente claridad sobre cómo se produjo la incorporación de esa evidencia a la actuación, en ese sentido expresó que si bien la defensa aduce que la Fiscalía nunca realizó la diligencia de registro y allanamiento (sic), tampoco prueba tal argumento, bien con el acta legalización de registro y allanamiento, o con el audio de la audiencia; así mismo, indicó que, como lo señala el artículo 232 del C.P.P., cuando la orden de registro y



allanamiento es decretada ilegal, los elementos que allí fueron encontrados carecerán de valor, igualmente, si un Juez decidió declarar la orden de registro legal, pero Fiscalía no solicita la incautación de los bienes o documentos dentro de esa audiencia, los mismos carecerán de valor; por ello despachó negativamente la solicitud de exclusión por falta de claridad suficiente, sin embargo indicó que en sede de Juicio al momento de incorporar las entrevistas por parte de Carolina Sánchez debe acompañar copia de la audiencia o audio, mediante el cual el Juez de control de garantía legalizó tal incautación.

17.- Finalmente, señaló que, en radicado 36784 de 17 de septiembre de 2012, se expresó que todo documento, para que adquiriera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un testigo de acreditación, en orden de corroborar y validar su origen; de tal suerte que es allí, donde la defensa auscultará el origen del documento y cuál fue el trámite que realizaron ante el Juez de control de garantías.

18.- La Sala considera que, el auto de primera instancia, NO es apelable por los motivos que esgrime el recurrente, en la medida en que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, no procede recurso de apelación en contra de la providencia que ordena pruebas, ni siquiera cuando se trata supuestos vicios de legalidad.

(...)

20.- Ahora bien, la Corte claramente enseña que sólo son recurribles en apelación aquellas decisiones en donde se ordena la práctica de pruebas tachadas por el recurrente como pruebas ilícitas, más no cuando se afirma que las mismas son ilegales. -

21.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente providencia, dentro de un proceso penal seguido bajo la sistemática de la Ley 906 de 2004, conceptuó sobre la diferencia que existe entre las pruebas ilícitas y las pruebas ilegales, destacando que “la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre el que se encuentran las pruebas prohibidas” mientras que “la prueba ilegal o irregular (...) es aquella que se ha obtenido o practicado al margen del procedimiento fijado en la leyes”; veamos:



Cabe precisar que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre el que se encuentran las pruebas prohibidas. La Sala ha indicado que ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política)."**(Magistrado Sustanciador: Dr. Luigui José Reyes Núñez, Radicado Interno: 2022 00152, Mayo 18 de 2023).**

LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ
Presidente

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora