

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Marzo 2014

Número 22

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL- Por el ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores/**ACCIDENTES POR TRANSPORTE TERRESTRE-** Cuando participan dos vehículos esta responsabilidad se encuentra catalogada como de culpa presunta/**TÍTULO DE IMPUTACIÓN-**Culpa presunta: El demandante en principio estaría relevado de probar la culpa o dolo/**CAUSA EXTRAÑA** – El guardián de la actividad para exonerarse debe demostrar la ruptura del vínculo causal, que solo tiene ocurrencia con la demostración de una causa extraña, como fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica: En el presente caso, pretende la parte actora que se le indemnicen los perjuicios materiales y morales por los hechos causados a raíz de un accidente de tránsito que acabo con la vida de su cónyuge y padre de sus hijos, y por consiguiente sea condenado al pago de los mismos.

Extractos: “La presente actuación, se concreta a la reclamación del demandante por los daños sufridos a raíz del accidente de tránsito en donde perdió la vida el señor Plinio Rafael Páez Lindado, que encuadra en la llamada responsabilidad civil extracontractual, especialmente en la conocida responsabilidad por actividades peligrosas, regulado normativamente en el Artículo 2356 del C.C.

Se dice que la responsabilidad civil extracontractual, es aquel derecho que tiene toda persona de que la judicatura le reconozca la obligación de responder por los daños que por su culpa o dolo ocasionen a otra persona, a raíz del rompimiento de una regla de convivencia social, la cual, se diferencia de la contractual, que tiene su fuente en el incumplimiento de una obligación previamente constituida mediante un negocio jurídico.

Pero sea una u otra responsabilidad, para que la pretensión salga adelante, corresponde al actor traer al plenario la plena demostración de unos presupuestos, que la doctrina siguiendo a la ley, concreta en:

- a.- La existencia de un hecho del cual se desprende un daño.-
- b. La existencia de un daño
- c. La existencia de un vínculo de imputación, sea subjetivo (culpa o dolo) o el riesgo creado.
- d. La existencia del vínculo causal entre el hecho-daño y la conducta del llamado a responder.
- e.- La cuantificación del daño.

Estos presupuestos cuentan con dos características relevantes: concurrentes, es decir, que todos ellos deben tener presencia fáctica antes de la presentación de la demanda, de manera que la sola falta de uno de ellos conduce al fracaso de la pretensión y el segundo, son carga probatoria de quien demanda el reconocimiento del derecho a ser reparado, acorde con lo estatuido en el Artículo 177 del C.P.C.

Respecto del hecho dañoso no existe duda que se encuentra demostrado y además no es motivo de discordia entre las partes, habida cuenta que su objetividad demostrativa es punto de partida para las explicaciones que cada una de las partes trae respecto del mismo. Además existe en el plenario suficiente prueba documental respecto de su ocurrencia, por lo que es fácil concluir que se encuentra demostrado.

Ahora, que de ese hecho se desprendió la muerte del señor PLINIO PAEZ igualmente no existe debate al respecto.- Ambas partes lo admiten así, siendo materia de debate es las circunstancias de modo en que tal circunstancia ocurrió.- Ahora que era el esposo y padre de los demandantes tampoco está en debate, habida cuenta que con la demanda se allegó la copia de los registros civiles correspondientes.

Estamos en medio de las llamadas responsabilidades civiles extracontractuales por actividades peligrosas, especialmente por participación de transporte terrestre, habida cuenta que en la ocurrencia del siniestro participaron dos vehículos y tal responsabilidad civil, en cuanto el elemento título de imputación, se encuentra catalogada de culpa presunta, es decir, que el demandante en principio estaría relevado de traer al plenario prueba respecto del elemento subjetivo de culpa o dolo, porque se encuentra radicada en cabeza de los guardianes de la actividad y para exonerarse de responsabilidad, deben concentrarse en demostrar la ruptura del vínculo causal, que solo tiene ocurrencia con la demostración de una causa extraña, como fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.-

Esta presunción de culpa se entendió como un alivio para las víctimas, que a más de sufrir los padecimientos del daño generado por el siniestro, tenía que traer al proceso la prueba de negligencia, impericia o imprudencia en el guardián de la actividad peligrosa.

Pero en el presente caso, el siniestro tuvo origen por la concurrencia de dos actividades peligrosas lo cual impone el interrogante en lo que atañe a la responsabilidad civil extracontractual de las actividades peligrosas concurrentes, en particular, lo concerniente a su naturaleza, responsabilidad por culpa “probada” o “presunta”, esto es, su régimen jurídico regulador, o sea, el general previsto en el artículo 2341 del Código Civil o el consagrado en el artículo 2356 ibidem.

La Corte Suprema de Justicia ha elaborado fundamentalmente al respecto dos tesis:

a.- Cuando el siniestro se genera por la intervención de dos actividades peligrosas, se elimina las presunciones que estarían radicadas en cabeza de cada guardián de ellas, para tornarse su juzgamiento como si se tratara de una responsabilidad civil directa y bajo el influjo del artículo 2341 del C.C.

b.- Igualmente ha sostenido, más recientemente, que cuando el siniestro es causado por la concurrencia de dos actividades peligrosas, la presunción se mantiene, liberándose de responsabilidad cuál de ellos rompa el vínculo causal demostrando respecto de la otra una causa extraña como lo es la culpa exclusiva de la víctima, de un tercero o caso fortuito, por lo que sigue resolviéndose bajo la influencia del artículo 2356 del C.C.

En consecuencia, se cualquiera la tesis que asuma la Sala, corresponde al demandante, si quiere que su pretensión salga adelante, traer al plenario la demostración de los presupuestos de prosperidad de la pretensión de responsabilidad civil, como son la demostración del hecho dañoso, el vínculo causal entre el hecho y el daño y entre éstos y la conducta del demandado, amén de la cuantificación del daño que se pretende le sea reconocido en sentencia, con lo cual, de probarlos, se puede deducir, que el daño le es imputable exclusivamente al llamado a responder, quien se exonera de responsabilidad demostrando una causa extraña, en cualquiera de sus tres especies.

Pues bien, el presente proceso, se caracteriza por la pobreza probatoria sobre las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió el siniestro, de manera que no existe una sola mención de cómo pudo tener ocurrencia el accidente y por muy laxo que se trate de valorar ese escaso material probatorio sería irresponsable de parte del operador jurídico deducir los presupuestos basilares de la responsabilidad de meras probabilidades matemáticas y estadísticas, como lo expuesto por el dictamen pericial practicado, sin que cuente con otras pruebas aun sumarias que lo complementen, a efecto de poder construir una tesis para el caso con cierto nivel de certeza.

Ningún testimonio presencial, ni aún de oídas y un dictamen que presupone la existencia de un automotor que obstruye la vía que nada permite colegir que eso fuese así y peor aún, del lado del conductor fallecido existe aviso de pare, que acorde con las normas de tránsito se entienden como orden de detención absoluta del vehículo hasta tanto el circuito de circulación creado por la intersección se encuentre totalmente despejado, lo que podría hacer presumir, descuido de parte del conductor fallecido, hace admisible proveer que el accidente donde falleció el señor Plinio tuvo ocurrencia por imprudencia del mencionado señor que por la acción exclusiva del demandado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 2341 y 2356 del Código Civil Colombiano, Artículo 177 del C.P.C.

DEMANDANTE: Francia Samper De Paéz y otros

DEMANDADO: Sociedad Procaps S.A. y otros

FECHA: Febrero 4 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-003-013-2006-00244-01

DECISIÓN: Confirmar la sentencia apelada

CONSECUENCIAS ECONOMICAS DERIVADAS DEL DIVORCIO- Términos de caducidad a la luz de la sentencia C-985 de 2010/**DECISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD-** Expresa que pueden invocarse en cualquier tiempo las causales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º de divorcio y sólo restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones pecuniarias ligadas a dichas causales subjetivas/**UNIDAD DE VIDA DE CASADOS-** No se traduce a unas simples visitas/Se refiere a una comunidad doméstica en el sentido físico, afectivo y espiritual

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte demandante pretende que se le exonere de la obligación alimentaria respecto de su excónyuge, en razón a que ésta recibe actualmente ayuda económica de su hijos, mientras que él tiene otras obligaciones pendientes con su compañera actual y sus hijos, razón por la cual considera que la demandada se puede sostener económicamente, y por ende, debe cesar la obligación de suministrar alimentos.

Extractos: “El divorcio como acto jurídico capaz de modificar el estado civil de una persona, es enunciado en el artículo 42 de la Constitución Política, cuando se prevé: “... Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la Ley Civil...”

Ahora bien, mediante la Ley 25 de 1992 modificatoria de la Ley 1ª de 1976, se desarrolla el principio excepcional de disolubilidad del matrimonio católico, al considerar que éste tiene una doble naturaleza: la sacramental, regida por el derecho canónico y la del contrato o institución, que se rige por el Código Civil.

En ese orden de ideas, y en concordancia con lo expresado por el Constituyente y legislador, los efectos del Matrimonio Católico pueden cesar pero sólo en el aspecto civil; por cuanto el vínculo sacramental continúa vigente; tanto así que recibe el nombre de “Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Católico” y no divorcio, como tal.

En nuestro ordenamiento, las causales de divorcio se encuentran consagradas taxativamente en el artículo 154 del Código Civil, el cual fue modificado, inicialmente, por la Ley 1ª de 1976 y luego, por la Ley 25 de 1992, la cual en su artículo 6º, numeral 8º expresa como causales: “la separación de cuerpos, judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos años”, siendo ésta la causal alegada por la parte actora, en su memorial de demanda.

Revisado el plenario, se tiene que se encuentra acreditada la ocurrencia del matrimonio celebrado entre las partes procesales Cristóbal Moreno Martínez y María Auxiliadora Camargo Ballesteros, con el Registro de Matrimonio obrante a folio 5 del cuaderno principal.

Señala el actor en la demanda, estar separado de su cónyuge la señora María Auxiliadora Camargo Ballesteros, desde mediados del año 1998.

Por su parte, la señora María Auxiliadora Camargo Ballesteros, al contestar la demanda, manifestó, que aproximadamente en el año 1998 el demandante decidió abandonarla a ella y a sus hijos, dejándolos desamparados y sin velar por el sustento de ellos. - ver nota1-

Sin embargo, en el interrogatorio de parte, manifestó la demandada estar separada de su cónyuge desde el año 1996, y aunque afirma que después de esa fecha hubo una reconciliación, también manifestó, que en esa ocasión el señor Moreno Martínez no se quedó viviendo en la casa donde vivía ella con sus hijos, pero que iba constantemente {véase nota2},

La señora Leysys Cecilia Moreno Camargo, hija de los cónyuges, de 31 años de edad, manifestó en su declaración, que su padre se fue de la casa, con otra mujer, cuando ella tenía 18 años de edad, y que él ha estado yendo a la casa donde convive con su madre y se queda dos o tres días y después se va. Y al indagársele si ha existido reconciliación entre sus padres una vez se dio la separación, afirmó que sí, porque él se ha quedado a dormir en la casa; y que su padre en un año va a la casa el otro no. -ver nota3-

La señora Johanna Margarita Moreno Camargo, hija también de los cónyuges, de 32 años de edad, se contradice en toda su declaración, por lo que a juicio de esta Sala la misma carece valor probatorio, pues ninguna convicción y/o credibilidad le ofrece sobre los hechos relatados; nótese que al iniciar su testimonio, manifiesta *que su mamá no quiso vivir más con su padre cuando ella tenía 15 años, porque él era muy irrespetuoso y les daba mala vida, las tenía traumatizadas*; y luego al responder otra preguntas, dice *su mamá siempre ha vivido con su padre; que su padre siempre ha sido amoroso, trata con cariño a su mamá, siempre ha estado pendiente de ellas.* - ver nota 4-

Por su parte, la testigo Gelena Lesley Marimon Peralta manifiesta, que los cónyuges están separados hace más de 15 años, y que no ha existido reconciliación entre ellos, porque siempre ha visto a la demandada donde la mamá y los hijos.

Lilibeth Zuñiga Arroyo, declaró igualmente, que los cónyuges están separados hace diecisiete años, según se lo ha comentado la señora María Camargo, y que no se han reconciliado, que en los siete años que tiene de conocerla a ella y a sus hijos, nunca lo ha visto al señor Moreno.

La valoración en conjunto de las pruebas arrojadas al proceso, nos llevan al convencimiento de que los cónyuges están separados de hecho por mucho más de dos años, pues ambas partes reconocen que la separación se dio entre los años 1996 a 1998, y los testigos también dan cuenta de una separación que supera los dos años; siendo éstos los dos supuestos fácticos que deben demostrarse a fin de considerar configurada la causal de divorcio invocada.

Y aunque la demandada y su hija Leysys Cecilia Moreno Camargo, afirman que luego de la separación hubo una reconciliación; a juicio de esta Sala tal reconciliación no tuvo la virtualidad de restablecer la vida en común entre los cónyuges, pues solo dan cuenta que

¹ Folios 14 a 19 primer cuaderno.

² Folio 43 del primer cuaderno.

³³ Folios 39-41 primer cuaderno.

⁴Folios 39-41 primer cuaderno

el señor visitaba la vivienda de su esposa e hijos y se quedaba ocasionalmente a dormir allí.^{véase nota5}

Es claro entonces, que los cónyuges no tienen vida en común desde hace muchísimo tiempo; y la unidad de vida de los casados no se traduce a unas simples visitas, o a que éstos aún mantengan relaciones sexuales, se refiere a una comunidad doméstica, tanto en el sentido físico como en el afectivo y espiritual. Por lo tanto, aunque el señor Cristóbal Moreno Martínez, después de separado, visite a su esposa e hijos, y se quede a dormir unos días en su casa, ese sólo hecho no implica el restablecimiento de la comunidad de vida entre aquellos.

Ahora bien, el apoderado de la demandada, al sustentar la impugnación de la sentencia de primer grado, señala, que las declaraciones de Gelena Lesley Marimon Peralta y Lilibeth Zuñiga Arroyo fueron contaminadas al permitir que las testigos leyeran su declaración hecha ante notario, en contravención al art. 229 del C.P.C.

Sobre el particular, es del caso precisar, que si bien el último inciso del art. 229 del C.P.C. señala: *“Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”*; lo cierto es, que la declaración extraprocesal de las señoras Gelena Lesley Marimon Peralta y Lilibeth Zuñiga Arroyo, en nada se refieren a la relación de los cónyuges, razón por la cual las respuestas a los interrogantes relativos a la separación de la pareja y su reconciliación, constituyen una declaración espontánea sobre los hechos narrados; por lo que no es dable afirmar que tales pruebas están contaminadas.

En consecuencia, quedó plenamente demostrado en el proceso que se configuró la causal de divorcio invocada.

Por otra parte, en lo que respecta al numeral 3° de la sentencia, recurrido por la parte demandante, en el que se dispuso “no exonerar ni condenar a alimentos, por tratarse de una causal objetiva”; es de precisar, que aun cuando se declare probada la causal 8ª, la cual no exige para su configuración la presencia de culpabilidad en alguno de los cónyuges, ni tampoco se imposibilita o inhabilita para invocarla a quien hubiera dado origen a tal separación, habiendo la parte demandada alegado la culpabilidad del actor, es menester entrar a estudiar su responsabilidad en la interrupción en la vida en común, para determinar los efectos patrimoniales vinculados con dicha culpabilidad.

En un proceso anterior ^{véase nota6}, la Sala Segunda de Decisión Civil Familia de esta Corporación procedió a proferir la sentencia de fecha 1° de septiembre de 2009, en la cual se confirmó la decisión inicialmente adoptada por el Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla y se precisó que no existiría pronunciamiento con respecto a la culpabilidad del demandante alegada por la parte demandada, toda vez que tal solicitud debió encausarse procesalmente como una “pretensión” por la vía de la formulación de una demanda de reconvencción.

⁵ Folio 43 del primer cuaderno de primera instancia.

⁶ Radicación Interna: 00183-2009F Código: 08-001-31-10-001-2009-00102-01, proceso de José Ignacio Tapia Baiz contra Norma González Padilla, al resolver recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de junio nueve (9) de dos mil nueve (2009) proferida por el Juzgado Séptimo de Familia de esta ciudad.

Inconforme con la mencionada sentencia la señora Norma González Padilla instauró acción de tutela contra la misma obteniendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia a través de la decisión calendada 2 de diciembre de 2009 {véase nota 7} , ordenara que este Tribunal dejara sin efectos la prenombrada decisión y que en su lugar, se proferiera una nueva sentencia en la cual existiese una referencia expresa a la inocencia alegada por la cónyuge demandada y la culpabilidad de su contraparte, para con ello, determinar la procedencia o no del reconocimiento del derecho a alimentos.

Sin embargo, en el caso presente al analizar las circunstancias concretas de este proceso frente a tal planteamiento debe llegarse a la conclusión de que aún en el caso de que el señor Moreno Martínez fuera el culpable de la separación de los ex cónyuges, con respecto a ello y a la consecuencial decisión sobre la vigencia de la obligación alimentaria ha operado su caducidad por haber transcurrido más o menos 15 años desde tales hechos de separación.

Ello de acuerdo a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 985 de 2010, de diciembre 10 de 2010, donde al estudiar la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 25 de 1992 que modificó el artículo 156 del Código Civil- ver nota 8-, el cual señalaba la oportunidad en la que debía interponerse la demanda de divorcio, declarándose inexecutable el aparte *-en todo caso las causales 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia-*, y condicionalmente executable, el resto de la disposición, en el sentido que las causales de divorcio contempladas en los numerales 1° , 2° , 3° , 4° , 5° y 7° - ver nota 9- , pueden alegarse en cualquier tiempo, pues tales términos deben entenderse que restringe solamente en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en las dichas causales.

Ahora, el Art. 48 de la ley 270 de 1996 que se refiere al alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional, reza:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general...” (Subrayado fuera de texto)

⁷ Folios 30 a 37 del presente cuaderno.

⁸ Art. 156. Legitimación y Oportunidad para presentar la demanda. El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a. o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2a., 3a., 4a. y 5a., en todo caso las causales 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia. (subrayado declarado inexecutable sentencia C985-10)

⁹ Causales de divorcio:

- 1 Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges,
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

Conforme a lo preceptuado en la citada disposición, las sentencias de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento para los jueces, de tal suerte, que no le es dable al fallador apartarse de lo resuelto en aquellas.

Lo anterior indica, que a partir de la expedición de la sentencia C- 985 de 2010, al tratarse de una sentencia de exequibilidad, toda decisión judicial al respecto- sin excepción- debe aplicar lo resuelto en ella, **en el entendido de que tales causales de divorcio contempladas en los numerales 1° , 2° , 3° , 4° , 5° y 7° pueden invocarse en cualquier tiempo y que los términos de caducidad que prevé el artículo 10 de la Ley 25 de 1992 solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas.**

Correspondiendo al Administrador de Justicia, entrar a aplicar esa sentencia de Constitucionalidad y reconocer cuando ello ha acontecido la configuración de la referida caducidad para negar esas prestaciones económicas, en lugar de proceder como el A Quo, que se abstuvo de hacerlo en el numeral 3° de su sentencia (siendo en la práctica una decisión inhibitoria sin justificación alguna), por lo que habrá de revocarse la misma.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 42 de la Constitución Política, Ley 25 de 1992 modificatoria de la Ley 1ª de 1976, artículo 154 del Código Civil, artículo 229 del C.P.C, Corte Constitucional: Sentencia C- 985 de 2010 y artículo 48 Ley 270 de 1996.

DEMANDANTE: Cristóbal Moreno Martínez

DEMANDADO: María Auxiliadora Camargo Ballesteros

FECHA: Febrero 26 de 2014

RADICACIÓN: 08-758-31-84-002-2013-00191-01/**2013-00165-F**

DECISIÓN: Confirma parcialmente. Revoca numeral 3° de la sentencia.

ACCIÓN REIVINDICATORIA-Demanda de reconvención de prescripción adquisitiva de dominio/**BIENES COMUNES EN UNA PROPIEDAD HORIZONTAL-** Pertenecen a todos los propietarios de la edificación y tienen como finalidad permitir el uso y goce de los bienes de dominio particular/Son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados/ **PROCESO DE PERTENENCIA-**No es posible acceder a través de la prescripción al dominio de bienes comunes establecidos bajo el régimen de propiedad horizontal

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CARMIÑA GONZALEZ ORTIZ

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora presentó demanda Ordinaria con el fin de que se condene al demandado a restituir al demandante la cuota parte de un edificio, conocida como el área común de acceso a esta edificación.

Extractos: “Los artículos 946 y 950 del C.C. enseñan:

“Art. 946.- *La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.”*

“Art. 950.- *La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.”*

Teniendo en cuenta la normatividad de la acción reivindicatoria, se desprende que cuatro son los requisitos esenciales para que ella prospere, debiéndose probar todos estos elementos a saber:

1. Que el demandante sea titular de derecho de propiedad sobre la cosa cuya restitución se demanda.-
2. Que se trate de una cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular.-
3. Que haya identidad entre lo poseído y lo que se pretenda.-
4. Que el demandado sea poseedor.-

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, tenemos que:

1.- El señor JESÚS ENRIQUE CORREA RAMIREZ, mediante escritura pública 584 del 15 de Marzo de 1999, de la Notaría Sexta del Círculo de Barranquilla, debidamente registrada en los Folios de Matrícula Inmobiliaria No. 040-104664, 040-104665, 040-104666, 040-104667, 040-104668, 040-104669 y 040-104670, el 31 de Julio de 1991, adquirió el derecho de dominio, por compraventa realizada con la sociedad SAIEH HERMANOS LIMITADA, el EDIFICIO ASTRAL, situado en la Carrera 39 No. 37-39 de esta ciudad, la cual fue aclarada mediante Escritura Pública 1323 del 18 de Junio de 1991.-

El inmueble adquirido por el demandante, fue sometido al régimen de Propiedad Horizontal, mediante Escritura Pública No. 3831, del 31 de Diciembre de 1981, de la Notaría 1ª de esta ciudad, debidamente registrada en los Folios de Matrícula Inmobiliaria en Enero 26 de 1982.-

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente traer a colación el artículo 3º, numeral de la Ley 675 de 2001, que define:

“Bienes comunes: Partes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en proindiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular.”.-

La parte del inmueble a reivindicar, se encuentra localizada dentro del EDIFICIO ASTRAL, bien sometido a propiedad horizontal, siendo dicha parte un bien común.-

Al tratarse de la reivindicación de un bien común, el mismo pertenece en proindiviso a todos los propietarios de los bienes privados que conforman el EDIFICIO ASTRAL, que en este caso es una sola persona, el señor JESÚS ENRIQUE CORREA RAMIREZ, quedando demostrada la titularidad del derecho de propiedad en cabeza del demandante.-

2.- Se trata de una cuota parte de cosa singular reivindicable.-

3.- De la Inspección Judicial practicada con intervención de perito, el día 24 de Agosto de 2009, quedó plenamente determinado el bien a reivindicar, existiendo identidad entre lo poseído y lo pretendido.-

4.- Al contestar la demanda, el demandado aceptó expresamente su calidad de poseedor, quedando demostrado con ello, los elementos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria.-

Determinado lo anterior, queda sólo por estudiar lo concerniente a las prestaciones mutuas, las cuales no fueron reconocidas en primera instancia, y como sólo interpuso recurso de apelación el demandado inicial y demandante en reconvención, dicha decisión no es materia de revisión en esta instancia.-

En relación con la demanda de reconvención, de conformidad con el artículo 673 del Código Civil, uno de los modos de adquirir la propiedad es la usucapión o prescripción adquisitiva.-

El solo transcurso del tiempo poseyendo el bien inmueble, no hace propietario al poseedor, se hace indispensable complementar ese modo de adquirir la propiedad, con un título que en este caso específico lo es la Sentencia que profiere el Juez Civil por medio de la cual declara la prescripción adquisitiva y se tiene como propietario al prescribiente.-

El artículo 2518 del C. C. señala:

“ART. 2518.- Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o inmuebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con la condiciones legales”.

A su vez el artículo 19, inciso 1° de la Ley 675 de 2001, dispone:

*“ARTÍCULO 19. Alcance y naturaleza. Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, **mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables** e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.*

El derecho sobre estos bienes será ejercido en la forma prevista en la presente ley y en el respectivo reglamento de propiedad horizontal.” (Se resalta).-

Uno de los requisitos para obtener la declaración de prescripción adquisitiva de dominio, es que el bien esté en el comercio humano y de acuerdo al artículo 19 de la Ley 675 de 2001, los bienes comunes de un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, mientras conserven ese carácter, son inalienables, o sea, que están fuera del comercio, por lo que no procede la usucapión solicitada, razón suficiente para no acceder a la demanda de pertenencia en reconvención y declarar no probadas las excepciones de mérito presentadas por el demandado inicial.-

Por último, el Decreto Ley 1355 de 1970, o Código Nacional de Policía, en el artículo 132 dispone:

“ARTICULO 132. Cuando se trate de restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el caso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición.”.-

De lo anterior, se desprende que cuando se trate de un bien de uso público para efectos de su restitución el trámite a seguir es el señalado en el artículo en comento, y si bien en el caso que nos ocupa, el inmueble a reivindicar no es susceptible de prescribir, por ser de carácter inalienable, no tiene el carácter de bien de uso público, por tanto, su reivindicación se obtiene a través del proceso correspondiente ante la jurisdicción ordinaria, por lo que se procederá a confirmar el proveído impugnado, a excepción del numeral 5° por no ser materia del recurso.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Dr. Diego Omar Pérez Salas, a continuación los argumentos principales de su disenso respecto a la posición mayoritaria, así:

“1. (...) la pretensión de pertenencia que fuera invocada expresamente por el demandado Luis Carlos León Rodelo, cuestión que indudablemente ha debido destacarse por la Sala, como quiera que es deber del juez decidir en la sentencia sobre todos y cada uno de los extremos del litigio..., en el momento del examen preliminar ha debido enviarse el expediente al inferior para que dictara sentencia complementaria.

2. (...) la confirmación de la sentencia recurrida que se adopta mayoritariamente por la Sala, incurre en el yerro apuntado de avalar una decisión que no resuelve – debiendo hacerlo – expresamente las pretensiones contenidas en la demanda de mutua petición relativa a la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

3. Con todo, fácil es advertir que la sentencia de primer grado se ocupa en su parte motiva de estudiar y resolver la pretensión de usucapión invocada por el demandado, en la demanda de reconvencción, y dice negarla porque no se acreditó el ánimo de señor y dueño; asunto éste discutido en la Sala, a partir de mis observaciones sobre la notoria y evidente improsperidad de tal pretensión de usucapión, no por el aspecto afirmado por el juez, sino por el hecho cierto de que en el caso presente lo pretendido por el prescribiente y por el demandante inicial – en su acción de dominio - resulta ser un bien inalienable, por fuera del comercio, como quiera que se trata de una zona común que hace parte de la entrada principal del edificio astral, sometido al régimen de propiedad horizontal.

(...)

6. ... admitiendo en gracia de discusión la viabilidad de la acción de dominio, esta ha debido ser propuesta en nombre y para beneficio de la propiedad horizontal, edificio astral, pues, es conocido que una vez constituida la propiedad horizontal surge a la vida jurídica una persona jurídica, que es la titular de derechos y obligaciones, y, que por lo mismo, ha debido ser la parte demandante, y no – como aquí ocurre – el señor, Jesús Enrique Correa Ramírez, persona natural que se dice propietaria única del edificio astral.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 673, 946, 950 y 2518 del Código Civil, artículos 19 inciso 1° y 3°, numeral de la Ley 675 de 2001 y artículo 132 del Decreto Ley 1355 de 1970

DEMANDANTE: Jesús Enrique Correa Ramírez

DEMANDADO: Luis Carlos León Rodelo

FECHA: Marzo 14 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2006-00357-01/ **37.346**

DECISIÓN: Confirma providencia apelada.

2. SALA LABORAL

ACCIONES DE FUERO SINDICAL-Nulidades por falta o indebida notificación a la organización sindical/**NOTIFICACIÓN AL PRESIDENTE DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL**-No existe el deber de realizarla en la misma forma que al demandado/ Se hace presente en el proceso a través de la audiencia única de trámite

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se decrete la nulidad de la actuación por cuanto se llevó a cabo sin que se adelantaran las diligencias de notificación al presidente o representante legal del Sindicato Nacional SINTRAMETAL, del cual hace parte como miembro activo de la junta directiva en el cargo de vicepresidente.

Extractos: “Ha venido sosteniendo esta sala que la filosofía, la razón de ser de las nulidades consagradas en el artículo 140 del C.P.C., se encuentra en el artículo 29 de nuestra actual Carta Política que consagra el debido proceso aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, el cual comprende el principio de legalidad. En tal virtud *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.”

Con base en tales postulados se erigen en los diversos ordenamientos procesales las causales de nulidad las cuales tienden a dejar sin efecto total o parcial las actuaciones que se desvíen del ordenamiento adjetivo correspondiente.

Establece el inciso 9° del artículo 140 del C.P.C. que “Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley”.

Las nulidades, por demás, en el procedimiento civil, aplicable por analogía en el laboral, son taxativas, lo cual quiere significar que no habrá nulidad sin texto que lo consagre, y en su proposición deben cumplirse las formalidades o requisitos establecidos en artículo 143 del C.P.C.

El inciso 3 ibídem consagra que *“la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada”*.

El artículo 118B del C.P.T.S.S. prescribe que *“La organización sindical de la cual emane el fuero que sirva de fundamento de la acción, por conducto de su representante legal podrá intervenir en los procesos de fuero sindical así:*

1.
2. *De toda demanda, instaurada por el empleador o por el trabajador aforado, deberá serle notificado el auto admisorio por el medio que el juez considere más expedito y eficaz para que coadyuve al aforado si lo considera.*

3. Podrá efectuar los actos procesales permitidos para el trabajador aforado, salvo la disposición del derecho en litigio.”

La sentencia T-947 del 16 de diciembre de 2009, señaló:

“En el proceso de levantamiento de fuero sindical, en consecuencia, la notificación personal al demandado y al sindicato del auto admisorio de la demanda, es un exigencia necesaria, en virtud de los artículos 41 y 118B del CPT, con fundamento en la sentencia de constitucionalidad previamente analizada. Las razones, ya las vimos: el sindicato debe ser notificado oportunamente como parte del proceso promovido contra un trabajador aforado, para que decida si interviene o no como garante del derecho de asociación sindical. Lo que verdaderamente le garantiza el artículo 118B del C.P.T al sindicato, en consecuencia, es el derecho de la organización a intervenir como parte o de abstenerse de hacerlo, salvo la disposición del derecho de litigio.

En reiteradas ocasiones la Corte ha señalado que el representante legal de un sindicato está legitimado para interponer acciones en nombre y representación de sus afiliados – con limitaciones- y claro está, en el nombre del sindicato en sí mismo. Las asociaciones y fundaciones comparecen a los juicios, por medio de la persona que de acuerdo con los estatutos lleva la representación legal (Art. 639 C.C.). En el caso de los sindicatos, quien ostenta generalmente esta representación es el Presidente, por lo que será dicha autoridad sindical quien deba ser notificada, conforme a lo previsto en el artículo 118B del C.P.T. Esa notificación debe ser personal, en virtud de lo dispuesto en el literal A. del artículo 41 del C.P.T.

Ahora bien, bajo tales supuestos, surgen las siguientes inquietudes: ¿qué pasa si el trabajador y el representante legal del sindicato, esto es, quien tiene la capacidad legal para actuar a nombre y en representación de la agremiación a la que pertenece-, son la misma persona? ¿Está obligado el juez de instancia a la que pertenece-, son la misma persona? ¿Está obligado el juez de instancia a hacer dos notificaciones al mismo ciudadano, una en calidad de trabajador y otra en calidad de Presidente sindical? O por el contrario, ¿basta con una sola notificación para que tanto el trabajador como el sindicato se sientan parte del proceso? Estas preguntas, prima facie, parecen irrelevantes, pero en realidad son problemáticas, porque tienen que ver con los derechos de defensa y contradicción de personas naturales y jurídicas, como se ha visto en esta oportunidad.

(...)

Ahora bien, ¿qué pasa si el trabajador y el representante del sindicato son la misma persona? ¿Incorre el juez laboral en una violación del debido proceso por no notificar al mismo ciudadano, en sus diferentes roles, a pesar de haberlo notificado debidamente en una primera oportunidad? Procesal y jurídicamente, la respuesta es afirmativa, ya que es deber del juez notificar tanto al trabajador, como al sindicato, independientemente de que el representante legal del organismo sindical y el trabajador demandado sean la misma persona.

(...)

5.3.1.3. *La notificación personal es además, una garantía procesal que asegura la comparecencia al trámite, en calidad de parte, de quien es convocado, contribuyendo también a la protección del derecho de defensa de los involucrados. Bajo ese supuesto, la no notificación al sindicato, genera nulidad del proceso, en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-240 de 2005, que fija los alcances interpretativos del artículo 118B del CPT.*

(...)

En ese sentido, y en aras de: (i) promover la seguridad jurídica y la transparencia procesal; (ii) asegurar la celeridad y eficacia de la justicia; y, (iii) evitar disquisiciones que puedan incluso

contribuir a un eventual uso estratégico y no querido de las nulidades en los procesos de fuero sindical, estima la Corte que lo prudente en estos casos, es realizar una doble notificación a las partes o especificar el doble rol con el que se notifica al demandado, en circunstancias como éstas, en las que la comparecencia al proceso del sindicato y del trabajador dependen de la misma persona. Lo anterior, con el propósito de asegurar que la regla general de la notificación personal a todas las partes, prevista en el artículo 118B del C.P.T. y fijada por la sentencia C-240 de 2005, sea debidamente acatada y no sea un motivo de controversia o de excepción en cualquier sentido.
(Subrayas no pertenecen al texto original)

(...)

Las consideraciones anteriores permiten llegar al convencimiento, aunado con lo que procesalmente existe, que no le asiste razón, incluso desde la misma solicitud inicial, el insistir al incidentalista recurrente que se anule todo lo actuado inclusive el auto admisorio de la demanda, dado que, por un lado, a pesar que el A quo denegó la nulidad pero accedió a abrir el debate probatorio a fin de que se convocara al proceso al Sindicato Nacional SINTRAMETAL, su proceder buscó sanear la nulidad para salvaguardar los derechos constitucionales de defensa y contradicción del llamado a integrar la Litis, aun en el momento procesal en el que ordenó la notificación al sindicato ausente, sin que se atentara, en ninguna medida, el propósito de comparecer y ejercer su defensa. Valga recordar que el artículo 114 del C.P.T. indica que la audiencia donde se contesta la demanda, se proponen excepciones previas y demás, tendrá lugar al quinto día hábil siguiente a la notificación de la demanda, incluida la organización sindical de la cual emane el fuero –artículo 118B ibídem-, entendiéndose que aquel día corre a partir de la notificación a la última parte enterada, no como lo infiere el apelante que, una vez adelantadas las respectivas notificaciones, mediante auto se fija la fecha para convocar a audiencia; y por el otro, porque no resultaba necesario que se notificara a aquel –Sindicato Nacional- como quiera que ya se había adelantado al presidente o representante legal de la Subdirectiva Seccional Barranquilla de donde proviene su protección foral, tal como se tuvo en un precedente de esta misma Sala en un asunto de similares características:

(...)

“ 8. Se formula la excepción previa de “FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO” desde dos ángulos: i) por cuanto la notificación al presidente del sindicato U.S.T.C, subdirectiva Barranquilla no se realizó personalmente por dirección insuficiente, lo que no se subsanó con el emplazamiento efectuado por cuanto sólo cobijó a los demandados; es más, no es citado ni avisado sobre el proceso, ii) por cuanto no se notificó al representante de la organización sindical a nivel nacional quien es el que tiene la representación legal de la U.S.T.C. y no los representantes seccionales.

“...

“8.1.1. Y, precisemos, la notificación aludida debe hacerse al **representante legal** del sindicato, no a cualquier miembro de la Junta Directiva, tal como lo ordena el artículo 118B analizado, salvo que exista en cabeza de otro miembro tal representación, lo cual tendría que demostrarse

“8.2. Pues bien, ciertamente lo expresado por el apoderado de uno de los demandados en el primer argumento defensivo acabado de resumir se aviene a lo que en el proceso se observa. En efecto, hemos de decir que muy a pesar que en el auto admisorio de la demanda < septiembre 29 del 2003, folio 228 > se ordena claramente que “De conformidad al art. 118B numeral 2º de la ley 712 del 2.001 que reformó el art.50 del C.P. del T.,

Notifíquese al representante legal al cual pertenece el sindicalizado”, tal acto no se alcanzó a realizar por cuanto en cumplimiento de tal ordenación se procedió a notificar por aviso del 11 de diciembre del 2003 al Presidente de la U.S.T.C., subdirectiva Barranquilla, señor GUILLERMO NARVAEZ (folio 240) y al no poder hacerlo de esa forma se expidió la “constancia de citación y/o aviso de notificación” (fl. 230), a la cual se anexó la guía Notiexpress No. 0059421 dirigida a la dirección indicada por el apoderada de la demandada en la demanda, y copia del auto admisorio (fls. 239 y 240) en la que se informa que aquella no pudo realizarse por “dirección insuficiente”, actuaciones recibidas en el juzgado el 19 de enero del 2004 como consta en los documentos mencionados, sin que en la solicitud que efectuara el mandatario judicial de la parte activa para que se procediera a emplazar y nombrar curador ad-litem a los demandados por no haberseles podido notificar, se haya solicitado la del Presidente o representante legal del sindicato (folio 237), a lo cual procedió la agencia judicial sin incluir en el edicto emplazatorio y demás actos a tal representante sindical (folios 242 a 248). Tal circunstancia genera la no integración del litis consorcio necesario y habrá que declarar probada esta excepción, dándole aplicación el inferior a lo establecido en el inciso 1° del artículo 83 del C. de P.C., tal como lo ordena el numeral 10 del artículo 99 de la misma ordenación adjetiva.

“8.3. Baste por último advertir, frente a esta misma excepción, que el otro argumento atrás resumido < deber de notificar al representante de la organización sindical a nivel nacional quien es el que tiene la representación legal de la U.S.T.C. y no los representantes seccionales > no es de recibo en cuanto y tanto que se tornaría una cadena interminable por cuanto igualmente podría argumentarse que también ha de notificarse al Presidente de la Federación a la cual pertenece el sindicato y aún al Presidente de la Confederación respectiva; a quien hay que notificar es al sindicato de donde los demandados derivan su protección foral, y nada más.”¹⁰ (Subrayas no pertenecen al texto original)

Con vista en lo narrado, no cabe duda que el inferior debió desestimar la solicitud de nulidad impetrada por el demandado en todo sentido, no quedando otra alternativa que confirmar la negación de nulidad, tal como se hará valer en la parte resolutive de esta decisión.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 140 inciso 9° y 143 inciso 3 del C.P.C., artículo 29 Constitución Política, artículo 114 y 118B del C.P.T.S.S., Corte Constitucional: Sentencia T-947 de 2009

FECHA: Febrero 27 de 2013

DEMANDANTE: Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. En Liquidación

DEMANDADO: José Manuel Arteta Tejera

RADICACIÓN: 008-2011-00730-01/**49.516**

DECISIÓN: Confirma numeral 1°. Revoca numerales 2°, 3° y 4° decisión de primera instancia.

PENSIÓN DE INVALIDEZ- Busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud/**PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA-**Improcedencia/**DICTAMEN MEDICO-** Se debe analizar el origen de la enfermedad que produce el estado de invalidez.

¹⁰ Rad. N° 2003-0360-01 del 30 de noviembre de 2006 (con presencia de la magistrada Claudia Fandiño de Muñiz)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que el I.S.S. en liquidación, hoy Colpensiones, proceda a corregir el Dictamen médico y declare que una nueva fecha de estructuración de invalidez del actor y como consecuencia de lo anterior, sea condenado a reconocerle la pensión de invalidez, ordenándose el pago de las mesadas causadas.

Extractos: “Una de las manifestaciones contemporáneas de expresión del derecho a la seguridad social es el derecho a la pensión de invalidez, que busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.

Después de haberse hecho un análisis de las pruebas que reposan en el expediente, es claro para la Sala, que entre las partes no hay discusión del estado de invalidez del demandante, ya que la misma demandada mediante resolución No. 00006749 del 21 de junio de 2011 (folio 17,18) acepta que el asegurado JAIME ORTIZ PRIETO se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral de 77.50%, la cual se estructuró el 31 de julio de 1988.

La discusión en esta instancia va encaminada a determinar si al momento de producirse el estado de invalidez, que lo fue el 31 de julio de 1988, el afiliado tenía cotizadas las semanas requeridas.

El artículo 5° del Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983 artículo 1°, aprobado por el Decreto 232 de 1984 es la norma vigente al momento en que el accionante fue calificado como inválido.

Al respecto, señala lo siguiente:

“... Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuada en el artículo 62 del Decreto- Ley 433 de 1971.*
- b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época...”*

Por su parte, el Artículo 62 del Decreto-Ley 433 de 1971 dispone: “ *...Para los efectos del seguro de invalidez de origen no profesional, se reputará inválido el asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a la mitad por lo menos de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas...”*

En el caso sub-lite, tenemos que:

- FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 31 DE JULIO DE 1988
- SEIS (6) AÑOS ANTERIORES A LA ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ: 31 DE JULIO DE 1982

El I.S.S. en la resolución No. 00006749 del 21 de junio de 2011 argumentó que negó la pensión de invalidez de origen no profesional al asegurado, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 5° del Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983 artículo 1°, aprobado por el Decreto 232 de 1984, ya que en los seis (6) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, solo cotizó 35 semanas.

A folio 13 del expediente reposa una relación de semanas cotizadas, y se registra que el demandante cotizó en toda su vida laboral 790,57 semanas hasta 31 de enero de 2011. En la resolución en comento el ISS manifestó: “... se establece que el asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 35 semanas cotizadas, hasta el **31 de julio de 1988**, fecha de estructuración de la invalidez, aclarando que las cotizadas con posterioridad no pueden ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de la prestación económica de invalidez ...”

Así mismo, en el hecho primero del libelo de demanda, el actor manifiesta que cotizó un total de 790,57 semanas al Instituto de Seguros Sociales (fol. 1), lo que es aceptado por la demandada en la contestación de la demanda cuando en respuesta dice: “...es cierto lo manifestado por la parte demandante, de conformidad con lo establecido en la historia laboral del asegurado...” (fol. 54)

Analizado lo anterior, es evidente, que no hay discusión sobre el total de semanas cotizadas por el actor en toda su vida laboral. La discusión se centra en que no alcanzó el monto de cotizaciones requerido en el artículo 5° del Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983 artículo 1, aprobado por el Decreto 232 de 1984, norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez. Como se observa, el afiliado no cotizó el número de semanas exigido en dicha normatividad.

En lo que respecta a la manifestación del recurrente, acerca de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, tenemos, que no es dable su aplicación en el presente caso. Si bien, esta Corporación, en varios pronunciamientos, ha aplicado el principio de la condición más beneficiosa, amparado por el artículo 53 de la Constitución Nacional, y acogiendo los diversos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, pero solo ante la posibilidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, a las personas que, bajo su vigencia, cumplieron los requisitos en ella establecidos para obtener la pensión de invalidez, o dejar causada la pensión de sobreviviente, no obstante que el riesgo ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin modificación, situación que no ocurre en el caso que nos ocupa.

De acuerdo a lo expuesto hasta el momento, tenemos que el demandante tiene un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 77,50%, fecha de estructuración de la invalidez 31 de julio de 1988, pero no cumple con el requisito de semanas exigidas en la norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que, a prima facie, según las normas generales, no tendrían derecho a la prestación deprecada.

No obstante, se presenta, para la Sala, un juicio de derecho y de justicia frente a la aplicación normativa que rige para establecer los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, si tenemos en cuenta que es la vigente a la fecha de estructuración de la misma, porque, en los términos expuestos en el fallo objeto de censura, deja por fuera el eventual derecho que tuviere el actor a la pensión de invalidez. Pero es del caso, que estamos frente a una situación que, muy a pesar de que el ISS estableció que la invalidez se estructuró en el año 1988, cuando se diagnosticó la enfermedad, el actor siguió trabajando,

tal como consta en la relación de semanas cotizadas, expedida por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales, donde laboró para Rodríguez Romero Roberto como trabajador dependiente, desde el 24/11/1987, hasta el 21/12/1988, y a partir de 01/09/1996 cotizó de manera independiente hasta el 31/01/2011, cotizando como ya se dijo, un total de 790,57 semanas.

Esta situación ya ha sido materia de pronunciamiento por parte de las Altas Cortes, quienes han reiterado que las enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, causan un deterioro progresivo de la salud y hacen que la capacidad laboral se pierda de forma paulatina. Por eso, se debe tomar como fecha de estructuración de la invalidez aquella en la que el trabajador perdió su capacidad laboral de forma definitiva y permanente, y no la fecha del diagnóstico o de los primeros síntomas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 19 de octubre de dos mil seis (2006), M.P. CARLOS ISAAC NADER, Rad. No. 29622 expresó:

“...De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo. Por el contrario, en reciente sentencia del 13 de septiembre 2006 (rad. 29328), tuvo esta Sala de Casación oportunidad de referirse al tema, en los siguientes términos:

“Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para “decidir” el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración.

Cuando en casos como en el que ocupó a la Sala en esa oportunidad, se planteó una manifiesta contradicción de la valoración médica sobre el nivel de la incapacidad entre las juntas de calificación que intervinieron para tal efecto, la Corte no tuvo duda sobre el carácter discutible del punto y la plena competencia de los jueces para establecer, también por medios técnico-científicos el verdadero grado de invalidez del afectado. Con mucha más razón cuando se trata del señalamiento de la fecha en que se estructura la invalidez, porque no en todos los casos se podrá inferir tal data de una prueba infalible e incontrastable y, por lo mismo, incontrovertible, como sería lo ideal. Para la muestra un botón: En el sub examine, el Tribunal consideró contraevidente e ilógico que una persona haya laborado durante varios años ejerciendo actividades de vendedor y la Junta de Calificación de Invalidez desconozca esa realidad, dejando de lado el material probatorio que tuvo a su disposición y sin que ameritara un pronunciamiento al respecto, y se dictamine que la invalidez se produjo en la infancia temprana, muchísimos años antes del despliegue de una vida laboral, esa sí demostrada fehacientemente.

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las

controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías...” (Negrillas y Subrayas de la Sala).

Así mismo, la misma Corporación en Sentencia de fecha 20 de octubre de 2010, rad. 38.298 M.P. Dr. Camilo Tarquino, dijo:

“Estimó que, a pesar de lo determinado por las Juntas de Calificación, en el sentido de que la invalidez por riesgo común se había estructurado en 1971, como secuela de la amputación de su miembro superior derecho, no podía desapercibirse que el señor LÓPEZ había laborado al servicio de una Empresa Social del Estado durante más de 18 años, realizando aportes para todos los riesgos cubiertos por el sistema de seguridad social (fls. 114, 115, y 140); que por ello:

“... mal podría este Tribunal acoger la fecha mencionada por la Junta como (de) fecha real de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, permanente y definitiva, máxime si se observa que la fecha considerada en el dictamen corresponde al período de infancia temprana del demandante, cuando éste contaba con poco más de 10 años de edad, luego de lo cual, es una realidad incontrovertible en este juicio, que el actor ingresó a la vida laboral activa permaneciendo al servicio de la ESE (...) por espacio superior a 18 años, con lo cual, no puede hablarse entonces de un estado invalidante desde la fecha considerada por la junta.

Y es que obsérvese como, el mismo dictamen emitido por la junta (...), consideró los antecedentes de exposición laboral del cargo de <operario>, determinando un tiempo de exposición de 18 años, con lo cual, mal podía entonces ubicar la fecha de estructuración de la invalidez antes de tal período de exposición que justamente corresponde al de actividad laboral del actor, y que obviamente incidió en el deterioro del único miembro superior que le quedaba.

*Y aún más, el mismo concepto médico de reubicación es claro al distinguir dos momentos diferentes, uno el de causación y (el) otro el de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor, refiriendo al respecto que si bien el paciente sufrió una amputación de su brazo derecho **28 años atrás**, el diagnóstico de epicondilitis izquierda, bursitis subdeltoniana crónica y fibromialgias con compromiso de miembro superior único es <actual>, y ha configurado un síndrome de sobreuso, que lo lleva justamente a conceptuar sobre la necesidad de reubicar al trabajador en un cargo que no requiera realizar movimientos repetitivos que le demanden esfuerzos de su única extremidad superior”*

Por último, citó y transcribió la sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 29622.

(...)

En aras de resolver lo concerniente a la pensión de invalidez de origen común, el juez de la alzada ubicó la problemática en dilucidar si era viable desatender la fecha de estructuración, tanto por la Junta Regional, como Nacional de Calificación de Invalidez, el 17 de mayo de 1971. Con ese objetivo, consideró que si bien, tales organismos determinaron como fecha de consolidación de la incapacidad generadora de la invalidez, la recién mencionada, tal diagnóstico tuvo como referente la pérdida física y funcional de su extremidad superior derecha, empero, el hecho de haber laborado posteriormente en forma subordinada por más de 18 años, no podía pasar inadvertido, como incontrastable evidencia de su ingreso a la vida laboral en época posterior a aquella en que se había dictaminado su invalidez.

En ese orden, para la Sala, el soporte de la decisión cuestionada giró alrededor de la posibilidad jurídica de establecer la fecha de estructuración de la invalidez, con base en elementos de juicio diferentes al concepto de las entidades legalmente instituidas para ese efecto, que es un tema de contenido jurídico, en la medida que no se trató de una valoración equivocada de una pieza probatoria, a la que le hubiera restado mérito probatorio, sino que le negó eficacia, en tanto no obstante tener claro

que en el experticio se dictaminó el 17 de mayo de 1971, como data de estructuración, lo cual coincide plenamente con lo que el documento reza, a partir de los otros datos ofrecidos por el recaudo probatorio, dedujo que el resultado de la prueba técnica debía desatenderse. ..

...Y es que el recurrente parte de aceptar la totalidad de los supuestos fácticos que tuvo por demostrados el Tribunal, como la fecha de estructuración de la invalidez, la de afiliación al sistema de seguridad social, los extremos temporales de la relación de trabajo que tuvo el actor con la ESE Hospital San Rafael, el desgaste de su miembro superior izquierdo, amén de que no controvierte el pago de los aportes a la seguridad social, sólo que su inconformidad la ubica en la confirmación de la decisión que puso fin a la primera instancia, “sin considerar que al señalar como fecha de estructuración el día 17 de enero de 2000, no se apoyó esa decisión en ninguna prueba científica ni técnica que sustenta tal resolución como lo prevé el artículo 41 de la Ley 100 de 1993”, lo que se traduce en un reproche referido a la idoneidad o conducencia del medio de prueba elegido por el juzgador para cimentar su pronunciamiento, ajeno al sendero escogido para combatirlo...

....En efecto, dado que la amputación del brazo derecho de JAIME LÓPEZ SARMIENTO se produjo en los albores de su vida, no resultaba conforme con las facultades, a la vez obligaciones impuestas por los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo, haberse limitado a adoptar como hito histórico el dato suministrado por los organismos de calificación, pues es palmar que desde la perspectiva funcional, la posibilidad de realizar una actividad acorde con la limitación que padecía, permaneció tan latente, que no fue óbice para que durante más de 18 años se desempeñara como auxiliar de servicios generales para una entidad hospitalaria, sin que ésta, ni las de seguridad social a que fue afiliado, manifestaran algo al respecto, de suerte que las responsabilidades de estos entes como tales, son exactamente iguales a las que se generan en cualquier clase de afiliación.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la censura no ataca el carácter común de la enfermedad, ni el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que quedó establecido en autos, lo que fue solamente una minusvalía derivada de la pérdida de una de sus extremidades superiores, sin haberlo excluido del mercado laboral, permite racionalmente considerar que la incapacidad para laborar sobrevino en época muy posterior a aquella en que se presentó la necesidad de privarlo del órgano de su cuerpo varias veces mencionado, y como eso fue lo que concluyó el Tribunal, en ninguna distorsión fáctica, p or lo menos protuberante, pudo haber incurrido.”

Por su parte también, la Corte Constitucional en un caso similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, en sentencia T-885 del 25 noviembre 2011, Expediente T-3558985, M.P. Dra. María Victoria Calle, expresó lo siguiente:

“Las reglas constitucionales para garantizar el derecho a la pensión de invalidez, cuando se trata de invalidez generada por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina.

Los requisitos para acceder a la pensión de invalidez se encuentran consagrados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”

Ahora bien, cuando la invalidez es generada por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, como ocurre con el VIH-SIDA, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina y se ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, la jurisprudencia constitucional ha establecido precisas reglas para garantizar el derecho a esta pensión, que pasarán a analizarse a continuación.

Como lo señala esta misma disposición, los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a

partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar, por lo que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las Juntas Calificadoras de Invalidez. Este tema, aparentemente técnico, no es irrelevante desde el punto de vista constitucional.

Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema...” (Negrillas y Subrayas de la Sala).

Visto lo anterior, es claro que en casos como el presente, se debe analizar el origen de la enfermedad que produce el estado de invalidez.

Referente a la fecha de estructuración de la invalidez, observa la Sala que la causa de la invalidez del actor se generó en una Glaucoma que afectó su agudeza visual. Si se lee el Dictamen Laboral obrante a folio 15, realizado el 28 de septiembre de 2010, en los fundamentos de la calificación donde se determinó la pérdida de la capacidad laboral del actor, en lo que respecta a la historia clínica, se adujo lo siguiente: “... Antecedentes de glaucoma bilateral, que progresivamente fue disminuyendo su agudeza visual hasta llegar a la ceguera bilateral hace 20 años (1990). Se rehabilitó en el Instituto Nacional para Ciegos.

EPICRISIS O RESUMEN DE HISTORIA CLINICA: Medicina laboral EPS (31-1-2008) Dx ceguera bilateral 2ria glaucoma. Laboró únicamente en la empresa INDUTECH (oficios varios) desde IX-1987 hasta 31-VII-1988.

Oftalmólogo dr. Carlos Martínez C (20-XI-2008): Dx glaucoma terminal +catarata ojo derecho+ ojo ciego doloroso...”

De acuerdo con lo anterior, el actor padece de “Ceguera Bilateral Secundaria a Glaucoma terminal”, la que conllevó a la pérdida de su visión de manera paulatina, situación que no fue tenida en cuenta en el dictamen realizado por la Comisión médico laboral del Instituto de Seguro Social (Fol. 15).

Visto lo anterior, es claro para la sala que erró el A-quo al tener como fecha de estructuración de la invalidez el 31 de julio de 1988, toda vez que no tuvo en cuenta las semanas cotizadas entre la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, y la fecha de calificación de su pérdida de capacidad laboral, siendo que continuó laborando.

El fin de la pensión de invalidez es compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, es decir, está destinada a proteger al afiliado que presente una pérdida de su capacidad laboral, ya sea de origen común o profesional, que lo imposibilita para laborar, (lo invalide) para adquirir su sustento diario.

Revisado el expediente se observa, en la resolución No. 00006749 de 2011 (Fol.17) que el actor hizo la solicitud de su pensión de invalidez, el día 27 de diciembre de 2010, y cotizó hasta el 31 de enero de 2011 (Fol. 13), la fecha de la calificación de la invalidez fue el 09 de noviembre de 2010 (fol. 14), por lo cual para esta Sala, atendiendo el fin de la pensión de invalidez, y dadas las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, se tendrá como fecha de estructuración de aquella, el día 31 de enero de 2011, fecha para la cual tenía cotizadas 790,57 semanas (Fol. 13), las cuales fueron cotizadas desde el 24/11/1987 al 31/01/2011, lo que lo hace merecedor de la pensión de invalidez, de conformidad a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003 artículo 1°, por lo cual se revocará la decisión del *a-quo* y la pensión se reconocerá a partir del 01 de febrero de 2011, fecha en que dejó de cotizar.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 5° Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983 artículo 1°, aprobado por el Decreto 232 de 1984, Artículo 62 del Decreto-Ley 433 de 1971, artículo 53 de la Constitución Política, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 2006, M.P. Carlos Isaac Nader, Rad. No. 29622, Corte Constitucional, sentencia T-885 de 2011, Acto Legislativo No. 01 de 2005.

DEMANDANTE: Jaime Ortiz Prieto

DEMANDADO: Colpensiones S.A. y la comisión médica laboral del seguro social

RADICACIÓN: 0800-13105-010-2012-00226-01/49393-A

DECISIÓN: Revoca decisión apelada

3. SALA PENAL

FRAUDE PROCESAL Y USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO-Son eminentemente dolosos y el dolo implica la consciencia y voluntad de estar actuando en forma antijurídica/**BIENES JURÍDICOS TUTELADOS**-Lo constituyen la administración pública y la fe pública/Materialidad de la conducta.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la gestión encomendada por la señora Miriam Mejía Carrasquilla, a la abogada Xiomara Imitola Silva, sobre la división material de un predio y disolución de la comunidad de un inmueble, para lo cual, la mandante firmó la escritura en la Notaría y fue registrada en la oficina de instrumentos públicos, encargándole también a la profesional del derecho la compraventa de la cuota parte que le correspondía a su

hermana, cuando la denunciante pretendió disponer del bien que entendía de su propiedad se encontró que existía falsedad en los documentos utilizados.

Extractos: “La Corporación, se sumerge en el contenido del libelo de apelación y de allí extracta las siguientes inconformidades con el proveído cuestionado, así:

(i) Que como la escritura de nuestro interés fue inscrita en la oficina de instrumentos públicos de Barranquilla, con el N° 395985, teniendo como uno de los soportes para su validez la resolución N° 123 de 2004 de la Curaduría Urbana de Barranquilla, que se estableció falsa, entonces concluye el censor que la procesada Xiomara Beatriz Imitola Silva, cometió los delitos de Fraude Procesal y Uso de Documento Público Falso, porque a esta profesional del derecho se le comisionó para que realizara la división material de un predio y su disolución de esta misma comunidad cuya matrícula inmobiliaria es la N° 04060764, ubicado en la calle 26 N° 47B-49 de esta urbe.

(ii) Persiste en que la acusada fue la que consiguió o determinó que se le entregará un documento falso, como lo es la resolución N° 123 de 2004 de la Curaduría Urbana de Barranquilla, el cual por ser necesario y acopiados todos los documentos a ella encomendados produjo que la escritura pública referenciada fuera inscrita ante el Registrador de Instrumentos Públicos, quien a su juicio no comete delito, sino que es objeto de engaño por parte de la doctora Xiomara Imitola.

(iii) En el numeral 3° del libelo de apelación, con relación al Uso de Documento Falso, se alude a que el Juez en sus consideraciones sobre esta conducta punible, se aleja de la realidad probatoria cuando asume que no se logra probar que Imitola Silva, sabía de la falsedad documental o que Nora y Miriam Mejía, acudieron a la Notaría sin la presencia de la acusada, rotulando tal pensamiento del Juez, como imaginativo o supuesto, pero a la postre no emite argumentos o conceptos probatorios que hagan declinar la posición del Juez y proceder el Tribunal, por contera a avalar su postura o concluir con él en la decisión pretendida; es decir de condena.

(iv) Por último, propone el censor un argumento sofisticado o falso en sus premisas, como que al afirmar de que el Juez da por descontado el delito de Uso de Documento Público Falso, tanto que toma la decisión de restablecer el derecho y revertir las cosas al estado inicial, pero sin embargo no condena por este delito, persiste que debió condenar a la acusada Xiomara Imitola, acudiendo en este apartado a la misma posición conceptual que en forma tautológica nos ha venido proponiendo, la cual no es otra que la de estimar que la procesada, al ser comisionada por la denunciante, es ni más ni menos la que urdió y consiguió el documento falso, sin que se escruten dentro del mundo fenomenológico otras posibilidades, que si mostró el Juez, en punto de la adquisición de la resolución falsa y de su postrera introducción ante Notaría y Oficina de Instrumentos Públicos.

Para resolver por la Sala, toda esta serie de interrogantes y que en últimas se consolidan en uno solo. Mismo que se ofrece objetivo cuando por parte del censor hace que emerja la siguiente pregunta:

¿Si se encomendó a Xiomara Imitola Silva, la división, escrituración e inscripción de esta ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de los documentos que regulan jurídicamente este proceso, es ella y nadie más la responsable, penalmente, de la falsedad de la resolución

Nº 123 de 2004, expedida por la Curaduría Urbana Nº 2? Frente a este cuestionamiento debemos considerar que:

El asunto no se torna tan fácil de resolver, como lo concluye el recurrente, habida cuenta que según la teoría del delito, la cual dentro de sus variadas postulaciones, le asigna un tratamiento amplio y además adosado con referentes doctrinales y jurisprudenciales a la casuística y la responsabilidad objetiva, que entre otras cosas en su aplicación de cara a la praxis judicial, no en pocas ocasiones se avistan dificultades en el establecimiento claro y definido de estos elementos del delito, frente al proceso suasorio aplicado al conjunto de pruebas recaudadas, para predicar con certeza el que un determinado resultado punible, es atribuible a la acción y consciencia de un individuo, a quien se le predica el desarrollo de hechos jurídicamente relevantes, el cual tiene su descripción normativa en el Código Penal.

Por eso el legislador previo tal suceso en su artículo 12 del Código Penal, cuando nos señala que: *“Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*. Y no debe olvidarse que la culpabilidad enmarca el dolo, la culpa y la preterintención.

Los delitos de Fraude Procesal y Uso de Documento Público Falso, que fueron objeto de acusación, son eminentemente dolosos y el dolo implica la consciencia y voluntad de estar actuando en forma antijurídica; es decir, en contra de bienes jurídicamente tutelados, como son la administración pública y la fe pública.

Pero dentro de los conceptos de egregios doctrinantes y que curten de conceptos a la teoría del delito, también nos denotan unas vertientes o aristas que se conjugan con la penumbra de alcanzar una monolítica posición que solucione o defina la *causalidad* o la *imputación objetiva*, por lo que de manera escalonada citaremos como ejemplos pragmáticos sobre el particular lo que nos dicen Claus Roxin¹¹ y Eugenio Raúl Zaffaroni¹², respectivamente:

*“Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, como antes se creía, aunque concurran los restantes elementos típicos escritos. Así p.ej. también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se deba a la pura casualidad: **si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya.**”*

“En la tipicidad dolosa no puede negarse que, por lo menos, es extraño cualquiera de ambos criterios funcionalistas: no se ajusta a la realidad afirmar que quien causa directamente un resultado que ha querido, se diga que introduce un riesgo. No hay duda que cualquier conducta intencional, es decir orientada a un resultado, como puede ocurrir en el comportamiento económico, implica un riesgo para el agente y para la competencia, lo mismo que el comportamiento criminal en relación con las eventuales víctimas e incluso para el propio imputado, pero no por ello la estrategia del industrial, del banquero o de un genocida deja de estar guiada por

¹¹ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Thomson Civitas. Madrid, España. Pág. 346.

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediz. Buenos Aires, Argentina, Pág. 446.

*una estrategia racional final. Pero cuando el hombre económico o el dictador hayan logrado su objetivo mediante sus respectivas estrategias intencionales, lejos de haber creado riesgos, sus logros – económicos, financieros o criminales- **sólo pueden entenderse como los resultados perseguidos. En un marco mínimamente realista no es posible afirmar que quien arrojó una bomba sobre Hiroshima introdujo un riesgo cuando en realidad causó una hecatombe.***

Determinado el anterior panorama conceptual sobre la causalidad e imputación objetiva, señalamos que el recurrente en su discurso argumentativo solo es concluyente en asignar responsabilidad penal a la acusada por los delitos de Fraude Procesal y Uso de Documento Público Falso, sin más miramientos ponderativos que su particular visión recogida y acuñada en mera literalidad, la que también pretende apoyar en la posición del delegado fiscal, misma que fue objeto de estudio y valoración por el Juez de primer nivel, a quien le asaltó duda sobre la contundencia de las pruebas legales y oportunas arrimadas a la actuación procesal, al punto que acude a la duda para favorecer a los procesados, con la absolución.

Los argumentos del censor amen de ser frágiles y genéricos no forza al Tribunal, para que estudie una prueba determinada o pruebas contundentes que hagan emerger el desvalor dentro de la acción que ejecuta la procesada, para atribuirle sin fisura que su intelección, cognición y volición en primera medida tenían como propósito ineludible adquirir falsamente la resolución 123 de 2004, expedida por la Curaduría Urbana N° 2, y finalmente el de usarla o entregarla conocedora de esa condición falsa, a la víctima o familiares con el propósito de que sufriera la inercia tramitológica junto con la elaboración de la escritura pública e inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Esto solo brota de un literal concepto del censor, quien se esfuerza más por criticar el razonamiento del Juez, con epítetos no apropiados para quien representa la Majestad de la Justicia, el cual por su investidura se le debe respeto y tratamiento decoroso así no se comparta su posición, pero al contrario es el Estado Social de derecho y democrático, quien le ofrece oportunidades al representante de la parte civil, para que se revise la decisión que adoptó el Juez en ejercicio de sus funciones; desde luego que imponiéndole una carga procesal, como lo es el sustento debido y oportuno, sin que su auspicio, como en nuestro caso, por ser muy liviano le garantice el triunfo a su teoría.

A fortiori, la acusada Xiomara Beatriz Imitola Silva, expone sus razones y admite que:

“... la señora Miriam Mejía, me encarga de que se le realice una nueva escritura porque ella desea desenglobar un apartamento que había parte de esa propiedad, para realizar el trámite de desenglobe se tuvieron que pagar nuevamente los impuestos como el predial y ella asumía todos los gastos, yo le comuniqué que el trámite en la Curaduría Urbana era dispendioso y que no tenía mucho tiempo para eso, entonces yo la lleve a la Notaría Octava de esta ciudad donde el notario es el Dr. José Manuel Danis Pana, ya ella había ido a esta notaría conmigo porque fue allí donde se realizó la escritura donde su señora madre le vendía a ella y a su hermana y nos atendió el mismo señor que nos elaboró esa escritura, el señor José Joaquín Vega Arteaga, quien se desempeña como protocolista en esta notaría, le comunicamos que queríamos realizar el desenglobe y que necesitábamos como requisito el trámite de la curaduría, entonces él se nos ofreció a realizar dicho trámite, y aceptamos, tanto Miriam (sic) como yo porque esto fue delante de ella,

inclusive ella misma, le dio parte del dinero al señor Vega Arteada (sic), de lo que iba a costar...”¹³

De este trozo de la indagatoria antes descrito se infiere que la acusada no ocultó a su mandante en qué Notaría estaba realizando el trámite a ella encomendado, la cual era la Octava de esta ciudad, igual se infiere que en este establecimiento trabajaba el coprocesado José Joaquín Vega Arteaga, así como también que el Notario era el doctor José Manuel Danies Pana y que al empleado también procesado, la señora Nora Mejía Carrasquilla, le entregaba dinero por la gestión previo contacto que hiciera Xiomara Imitola. Por lo que esta versión así expuesta, que jurisprudencialmente se constituye en una prueba y en un acto de defensa, hoy no están desvirtuados, por pruebas contundentes diferentes al discurso del apelante.

No obstante, podría cuestionarse a Xiomara Imitola Silva, que dado su carácter de profesional del derecho y que precisamente se buscaron sus servicios profesionales, para que realizara el desenglobe del inmueble de propiedad de la progenitora de la víctima, tuviera que acudir a otra persona para conseguir la licencia necesaria y concluir en feliz término su encomienda en la Notaría Octava, cuando sabía que allí no se expedían estas licencias; sino en la cualquier curaduría urbana, a pesar de tal negligencia no puede en las condiciones probatorias catalogarse de autora o determinadora del delito de falsedad, y mucho menos del uso de documento público falso, porque para arribar a tal aserto faltaría la satisfacción de un ingrediente normativo, como lo es el uso, que deviene objetivo e individual, porque prueba no existe de que ella personalmente lo haya introducido en el caudal documentario de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pero más allá de esta exigencia quedan vagando inquietudes, como son: a) Determinó o no la elaboración del documento falaz? b) Quién dice que la acusada se presentó personalmente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y adicionalmente quién le rotula que conocía que el documento era falso, aquel que guarda relación con su gestión? c) En verdad confió o no que José Joaquín Vega Arteaga, le conseguiría la real o auténtica resolución que necesitaba?

Pues, quedan incontestados estos interrogantes e inclusive la presunción de inocencia de la acusada no logra ser abatida y si esto refulge así manifiesto aparece otra cadena negligente sin fin que guarda relación con el comportamiento de José Joaquín Vega Arteaga, procesado que no rinde declaración de indagatoria y sin embargo, a folio 78, aparece una declaración jurada ante el Consejo Seccional, Sala Disciplinaria de la Judicatura del Atlántico, donde señala que se conoce con la doctora Xiomara Imitola Silva, desde mucho tiempo y esta le llevaba negocios a la Notaría Segunda donde trabajaba anteriormente, afirmando sobre los puntos objeto de investigación lo siguiente:

“Como dije anteriormente la doctora era cliente y en varias ocasiones me llevó documentos para que le protocolizara las escritura (sic) en una de tanta veces se presentó para que yo le hiciera una división de una casa uno de los requisitos es la licencia de la curaduría, ella no la aportó, me dijo que por sus ocupaciones no le quedaba tiempo para hacer el trámite, me dijo que si la podía ayudar en la consecución de dicha licencia, yo le respondía que por mi trabajo en la Notaría es esclavizante, yo era el único protocolista no me daba tiempo de salir de la Notaría, la podía ayudar por una tercera persona que es el señor Cesar Cassiani, que hacía

¹³ Folios 56 a 61, cuaderno original de la fiscalía.

vueltas, andaba en la puerta y le ayudaba a uno a conseguir los documentos que necesitaba, me dijo que la ayudara y así se hizo.”

Como viene de verse, resulta compatible la exposición de José Joaquín Vega Arteaga, con la de la acusada y de esta narrativa aparece en el escenario una tercera persona que no es otra que Cesar Cassiani, a quien supuestamente se usaba para realizar diferentes diligencias en establecimientos ligados a las actividades notariales, que no pueden echarse de menos más allá de las marcadas especulaciones o hipotéticas conclusiones. Porque si en verdad es costumbre dentro del giro ordinario de esta profesional del derecho, de delegar actividades tramitológicas al coprocesado y que registramos en las versiones de ambos, es apenas lógico entender que existía una confianza recíproca, que se deduce de la actividad que ambos desempeñaban, abogada y protocolista.

Por lo que a juicio de la Sala, en principio esto es una impronta que les servía como hoja de ruta, en una perspectiva de dinamizar sus recíprocos trabajos y además permiten consultara las constancias en que interactuaban en estos menesteres, sustancialmente porque la ley de la experiencia, nos indica que una voluntad delincencial y proyectada al futuro bajo el ropaje de diferentes matices en la búsqueda de documentos falsos, no se tolera o resiste a la posibilidad de que sea descubierta, tanto que los documentos son objetivos y de indispensable uso a diario o por espacios cortos en las entidades públicas.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 12 del Código Penal

FECHA: Marzo 6 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-03-31-04-007-2012-00106-01/ **2014-00001**

DECISIÓN: Confirma sentencia objeto de apelación.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL- la Fiscalía cuenta con el término máximo de la pena para proferir resolución de acusación o preclusión/**ADECUACIÓN TÍPICA-**Cambio de hurto agravado por la confianza a peculado por apropiación/**DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN-**Elementos normativos: 1. El procesado tenía calidad de servidor público 2. Tenía confiado el trámite de las ventas de los inmuebles del B.C.H. 3. Apropiación de dineros que debían ser destinados a las arcas del BCH en virtud de la venta de dichos inmuebles y 4. el bien jurídico vulnerado fue la administración pública

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELICER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, la inconformidad del recurrente radica en que luego que prescribió el delito de hurto agravado por la confianza se varió la calificación jurídica por la de autor del punible de peculado por apropiación. Asimismo, el procesado sostiene que no era cajero del banco y por ello no tenía a su cargo la administración, tenencia o custodia de los dineros apropiados.

Extractos: “En el presente caso, el Gerente Encargado de la Sucursal Barranquilla del Banco Central Hipotecario, instauró denuncia el 26 de agosto de 1994¹⁴, contra el procesado Moreno Rivaldo, y por ello la Fiscalía Sexta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla, citó a indagatoria al inculpado, y luego de tramitada la

¹⁴ Folio No. 1 C.O. No. 1 de Fiscalía.

instrucción, el 13 de agosto de 1998 profirió resolución de acusación¹⁵ contra Hugo Rafael Moreno Rivaldo como presunto autor responsable del delito de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado.

Tal como la Sala lo señaló en el acapice de antecedentes, dicha decisión fue apelada por la defensa técnica, y la alzada fue desatada por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de San Juan de Pasto, despacho que en providencia del 22 de marzo de 2001, decretó la nulidad de la actuación a partir del cierre, por violación al derecho de defensa.

En esas circunstancias, atendiendo la inconformidad del recurrente, en cuanto sostuvo que la Fiscalía dictó resolución de acusación estando la acción penal prescrita para el delito de hurto agravado por la confianza, la Sala observa que ello no es así, habida cuenta que la Fiscalía cuenta con el término máximo de la pena para proferir resolución de acusación o preclusión.

En este sentido, la conducta endilgada primigeniamente fue la de hurto agravado por la confianza que en el Código Penal de 1980 contemplaba la siguiente sanción punitiva:

“Art. 349. - Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.

Art. 351. - Circunstancias de agravación punitiva. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores, se aumentará de una sexta parte a la mitad si el hecho se cometiere:(...)

2. Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente...”. (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, el delito de hurto agravado por la confianza tenía una pena máxima de 9 años de prisión, y en vista que la denuncia fue incoada el 26 de agosto de 1994, la Fiscalía de primera instancia profirió resolución de acusación el 13 de agosto de 1998 y la declaratoria de nulidad del trámite a partir de la instrucción fue ordenada en resolución del 22 de marzo de 2001, se infiere que hasta ese momento aún no había transcurrido el tiempo máximo de la pena.

Vale resaltar que una vez retrotraída la causa, la Fiscalía Treinta Delegada de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de esta ciudad, en resolución del 8 de junio de 2005, acusó a Moreno Rivaldo, como presunto autor responsable del delito de peculado por apropiación, y a su vez declaró prescrita la acción penal por la conducta punible de falsedad en documento privado, en ese evento tampoco había prescrito la conducta de peculado por apropiación.

Igualmente la resolución de acusación mencionada fue recurrida en apelación, el cual fue resuelto el 30 de enero de 2006 por la Fiscalía Quinta Delegada ante esta Corporación, en donde esa Agencia Judicial la confirmó en todas sus partes.

De conformidad con el artículo 80 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad, fijada en la ley, para el respectivo delito, consideradas las circunstancias sustanciales modificadoras del

¹⁵ Folios 249 a 259 C.O. No. 1 de Fiscalía.

quantum punitivo a imponer, sin que dicho lapso pueda ser inferior a 5 años ni exceder de 20 años.

Por su parte el artículo 84 ibídem prevé que el término de prescripción se interrumpe con la resolución de acusación o (equivalente) debidamente ejecutoriado, momento a partir del cual volverá a contar el término prescriptivo, pero reducido a la mitad, sin que éste pueda ser inferior a 5 ni superior a 10 años.

En esas circunstancias, la Sala colige que no le asiste razón al censor al sostener que “cuando el delito investigado ya estaba prescrito es que van a variar el tipo penal de hurto agravado por la confianza por peculado por apropiación”¹⁶.

5.2. Del peculado por apropiación

La Colegiatura observa que respecto a este punto, la inconformidad del recurrente radica en que a su juicio, no debió adecuarse la conducta de su prohijado al tipo penal de peculado por apropiación sino a la de estafa, hurto agravado por la confianza o abuso de confianza, aduciendo que este no tenía en sus funciones la custodia de los dineros del Banco Central Hipotecario habida cuenta que no era cajero de esa entidad.

Así pues, se tiene que la Fiscalía acusó a Hugo Rafael Moreno Rivaldo, como presunto autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación.

El peculado por apropiación, descrito en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 enseña lo siguiente:

“Art. 133. **Peculado por apropiación.** El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término...”.

Ahora bien, el **peculado por apropiación** es una de las cuatro modalidades de este punible (que incluye el peculado por uso, el peculado por destinación oficial diferente y el peculado culposo) que tiene por objeto sancionar la malversación de los dineros públicos y el apoderamiento por parte de un servidor público del erario a su favor o de un tercero. Para que se configure el tipo en comento, es necesario que se den los siguientes presupuestos:

- a. Tiene sujeto activo calificado toda vez que la conducta solo puede ser cometido por un servidor público.
- b. Que el servidor se apodere del erario. Ese apoderamiento puede ser de orden real, parcial o funcional.
- c. Que los bienes le hayan sido puestos bajo el cuidado del servidor público.
- d. El apoderamiento de los bienes se hace a favor del mismo servidor o de un tercero.

Además, y siguiendo a la doctrina¹⁷, resulta imperioso que para hablar de peculado es necesario que se reúnan los siguientes elementos adicionales:

¹⁶ Folio 104 C.O. del Juzgado.

- a. El funcionario debe tener bajo su disposición los bienes públicos, es decir, que se apropie de los mismos.
- b. Los dineros deben ser del Estado y estos están en cabeza del funcionario quien los tiene en ocasión de sus funciones.
- c. Y la apropiación debe ser en provecho suyo o a favor de terceros.

La normativa penal ha establecido que el punible bajo estudio protege el bien jurídico de la Administración Pública en sus dos esferas: (i) el interés de la sociedad en el buen funcionamiento de la *res pública* y (ii) la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración y el deber de fidelidad del funcionario hacia el patrimonio público. Es decir que la consagración normativa más allá de proteger el erario (como objeto real de la protección penal) lo que busca es aprestigiar la labor del Estado a través de sus funcionarios, como representantes del decoro y las buenas prácticas consagradas por la Carta Política en su artículo 209.

En ese orden de ideas, se tiene que para configuración de este punible es necesario que los bienes apropiados hayan estado bajo la custodia del servidor público, con ocasión de sus funciones y que a su vez, este tenga una disponibilidad jurídica y material sobre ellos.

En el caso sub judice el procesado Hugo Rafael Moreno Rivaldo se le acusó de presunto autor de este punible por cuanto en su calidad de técnico de crédito, encargado del trámite de la venta de inmuebles de la entidad, recibió por parte de los clientes del banco el dinero de los bienes que vendía el Banco Central Hipotecario, empero, dicho dinero no iba con destino a las cajas del banco sino que el procesado se los apropió, sin embargo, éste realizaba el trámite de entrega de vivienda y dicha situación salió a relucir esa situación en virtud de la demora en la entrega de las escrituras públicas de los compradores.

Lo anterior se comprueba con la declaración de la señora Ena Luz Díaz Aguirre quien sostuvo que:

“... Yo la negociación la hice con el señor Alberto Vargas, quien es el jefe de ventas de inmuebles del Banco, y el señor Hugo Moreno, quien fue quien recibió el dinero una suma de \$3.500.000, como es la primera vez que compro vivienda no sabía como era el procedimiento, el señor Alberto Vargas, él me dijo si te vamos a vender la casa, él le dijo al señor Hugo Moreno que me hiciera el recibo de caja por la suma de \$3.500.000, y el señor Alberto Vargas lo firmó y se lo entregó al señor Hugo Moreno, me llamó dijo que el recibo estaba listo que fuera y retirara el dinero de mi cuenta y se lo trajera y cuando lo traje yo se lo entregué...”¹⁸

Igualmente con el testimonio de la ciudadana Alcira Martínez Matute, quien adujo lo siguiente:

“...Yo vine al Banco Popular y saqué los \$2.000.000 de pesos y se los entregué a la señora Inés Anaya Hernández y ella personalmente se los iba a entregar a...creo que se nombre Hugo Moreno...”¹⁹

17 MOLINA Arrubla, Carlos Mario. Op cit. Página 111.

¹⁸ Folios 93 a 94 C.O. No. 1 de Fiscalía.

¹⁹ Folios 119 a 120 C.O. No. 1 de Fiscalía.

A su vez, el señor Libardo Solano Higuera, adujo haber le entregado el dinero de su vivienda al procesado Hugo Moreno Rivaldo:

“...Si adquirí el bien y está ubicado en la dirección señalada y me atendió la negociación el señor Hugo Moreno, el me dijo que tenía que entregar al Banco la suma de \$2.800.000 y que se los entregara a él , para ir haciendo los gastos del servicio de agua y luz y con todos los impuestos para entregarme a paz y salvo la casa, entonces yo le entregué \$2.800.000 pesos, se los entregué en efectivo, dinero que yo retiré del mismo Banco, yo se lo entregue dentro del banco a Hugo personalmente, el me dio un recibo rosado al parecer para que no desconfiara de él, y que regresara por el recibo de caja y cuando regresé me entregó una fotocopia del recibo de pago y me dijo que esperara un mes que el Banco me llamaba para firmar papeles, cuando el Banco me llamó y me preguntaron que donde estaba el dinero del valor de la casa y yo les dije que se lo había entregado a Hugo Moreno, ya hacía tres meses de haber pagado la plata y a mi el Banco me firmó la escritura y yo tengo mi escritura en mi casa el Banco que resuelva su problema con Hugo...”²⁰

De igual manera otros testigos tales como Duvis Esther Navarro Charris²¹ y Leandro de Jesús Vides Guerrero²², también relataron la entrega del dinero de los inmuebles al procesado.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que la conducta de Hugo Rafael Moreno Rivaldo se adecua al tipo penal de peculado por apropiación, habida cuenta que: (i) tenía calidad de servidor público habida cuenta que se desempeñaba como empleado del Banco Central Hipotecario, entidad de economía mixta del orden nacional vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tenía su domicilio principal en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, personería jurídica vigilada por la Superintendencia Bancaria, legalmente constituida como establecimiento bancario mediante acta de organización de junio 6 de 1932²³; (ii) al procesado le fue confiado el trámite de las ventas de los inmuebles del Banco Central Hipotecario; (iii) se apropió de dineros que debían ser destinados a las arcas del BCH en virtud de la venta de dichos inmuebles; (iv) el bien jurídico vulnerado en efecto fue la administración pública, habida cuenta que el Banco Central Hipotecario a raíz que a pesar que los compradores le entregaron el dinero al encartado, no pudo disponer de los bienes es decir, resultó afectado toda vez que no puedo venderlos a otras personas.

Pues bien, aunque el recurrente aduzca que el inculpado no tenía la custodia de los bienes apropiados, esto es, el dinero que los compradores entregaron a éste, aduciendo el censor que su representado no tenía las funciones de cajero del Banco, la Colegiatura colige que contrario a lo sostenido por el libelista, del paginario se infiere que el enjuiciado sí tenía una disposición respecto de la venta de los inmuebles, tanto así que realizaba el trámite de la entrega, no obstante, aunque su posesión respecto de los dineros fue irregular, toda vez que los compradores debían cancelar el dinero en caja, ello no significa per se que se esté frente a otra conducta punible.

En cuanto al trámite que debía realizarse en la compra de estos inmuebles, en el expediente se encuentra el informe No. 043 CTI-UEA en el cual se detalla lo siguiente:

²⁰ Folio 103 C.O. No. 1 de Fiscalía.

²¹ Folios 99 a 100 C.O. No. 1 de Fiscalía.

²² Folios 107 a 110 C.O. No. 1 de Fiscalía.

²³ Folios 15 a 18 C.O. No. 1 de Fiscalía.

“... Según la persona encargada del Departamento de Administración y Venta de Inmuebles señor William Páez...esta sección no está facultada para recibir dinero alguno por concepto de compra de vivienda, sólo se encargan de informar los inmuebles que se encuentran para la venta y que a su vez son publicados en cartelera, entregar los formularios para las personas interesadas y elaborar los recibos de caja para que la persona interesada en adquirir el bien inmueble se acerque a las cajas de esa entidad y realice el pago respectivo, así mismo, recibir la documentación para el trámite de dicha negociación...”²⁴.

Así pues, en cuanto a la posesión que debe tener el sujeto activo sobre el bien apropiado en esta conducta punible, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“...Para delimitar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado, deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por una norma legal. Como se dijo en la doctrina expuesta, no está excluido el caso de irregularidad de la posesión, situación que puede tener varios aspectos, por ejemplo, cuando el funcionario no es competente para entrar en posesión del bien pero no se han observado las normas legales que reglamentan esa situación, o bien cuando el funcionario no es competente para esa posesión pero ésta tiene la relación con sus funciones que se determina en seguida. En efecto, el bien debe entrar en poder del funcionario en consideración a la función en cuanto, si no la tuviera no se hubiera entregado.

(...)

De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien sino un vínculo en que está comprometida la administración pública en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquella sufre, no solamente en su prestigio y dignidad son en su poder de disposición del bien.

(...)

El solo depósito de dineros u objetos en manos de un funcionario público, en razón de la buena fama del mismo, seguido de su ulterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica la administración pública. Pero si estos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, dispone de ellos, si se violan los intereses y facultades de dicha administración...”²⁵ (Subraya fuera de texto).

Asimismo, en otra oportunidad la Alta Corporación sostuvo que:

“...Al respecto, la Sala ha sostenido de tiempo atrás que tal ingrediente normativo no se configura de manera necesaria de las específicas funciones previstas en una ley, resolución, manual o reglamento, sino que también se deriva cuando la disponibilidad del bien ha surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al sujeto agente dentro de una situación determinada...”²⁶

En este contexto, la Judicatura colige que en virtud que aunque la posesión de los dineros entregados por los clientes lo fue de manera irregular habida cuenta que dentro de las funciones que debía cumplir el endilgado dentro del Banco Central Hipotecario no se encontraba la de recibir dinero sino la de entregar los formularios y elaborar los recibos de

²⁴ Folio 193 C.O. No. 1 de Fiscalía.

²⁵ Gaceta Judicial, T. CLXIII, 1980 pág. 529-531.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sentencia 12 de agosto de 2009, Radicado No. 32.053.

caja, aun así se apropió de dineros que debían entrar a las arcas de la entidad, por lo que sin lugar a dudas fue vulnerada la administración pública y por el contrario el patrimonio económico de los clientes del banco que entregaron su dinero a Moreno Rivaldo no se les afectó, pues, a fin de cuentas confiaron en la entidad y obtuvieron los inmuebles.”

FUENTE NORMATIVA: Código Penal de 1980, artículos 80, 84, 133, 349 y 351. Art. 209 Constitución Política

FECHA: Febrero 27 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00015-P-MC

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

ABUSO DE CONFIANZA- Diferencias con el delito de estafa/Elementos que estructuran el tipo penal: 1. objeto material: cosa mueble ajena, 2. un título no traslativo de dominio, y 3. que al mueble se le dé un uso indebido o la apropiación del mismo en forma arbitraria/**CONTRATO DE MANDATO-**Excluye la posibilidad que la conducta del agente se encuadre en el tipo penal de estafa/ Al no existir engaño, sino ocultamiento de la compra venta del inmueble y la apropiación indebida de dineros, el procesado abusó de la confianza depositada por su mandante

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, el procesado pretende se revoque la decisión de primera instancia que lo condenó por el delito de estafa, como quiera que el A-quo estimó que la conducta de apropiarse de dineros producto de la compra-venta de un bien inmueble de propiedad de su poderdante, configura dicha conducta punible.

Extractos: “En el presente caso, del paginario se infiere que la mandante, le otorgó poder al abogado JULIO FLÓREZ, hoy procesado, a fin que vendiera en su nombre un inmueble, no obstante, éste último si bien lo enajenó, no entregó el dinero a la poderdante. Empero, la Colegiatura no observa que dentro del actuar del endilgado se hayan presentado los elementos típicos del punible de estafa. Así las cosas, esta Corporación no encuentra que la conducta del procesado se subsuma en el tipo penal de ESTAFA, toda vez que, entre aquélla y el profesional del derecho, se realizó un contrato de mandato, dentro del cual no se vició el consentimiento y tampoco se presentó ardid o engaño en la conducta del encartado que indujera en error a otorgar ese poder, en esto se comparte lo expuesto en el proyecto original.

Sin embargo, la judicatura no desconoce que dentro del paginario existen material probatorio que llevan a inferir con certeza que el endilgado se apropió del dinero fruto de la venta de los inmuebles, el cual estaba obligado a entregar a su poderdante, pues si bien este dinero llegó a través de un título no traslativo de dominio, no se puede desconocer que se los apropió. Y en ese momento se materializa lo que la Sala Dual de mayoría atina en calificar como que estamos ante un “abuso de confianza simple”.

Por tanto, debe entenderse que, la estructura típica y el daño antijurídico puede resultar menor, circunstancia que permite la modificación sin afectar el principio de congruencia, tema que reforzaremos con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que viene como anillo al dedo para reglamentar la situación, de fecha 14 DE FEBRERO DE 2002, en ponencia del Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA, en la que se dijo que:

“Como en nuestro sistema penal la imputación que se hace en la **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN NO SÓLO DEBE SER FÁCTICA SINO JURÍDICA** (art.398.1.3 del C. de P. P.), sus variaciones se relacionan íntimamente con el fenómeno de la congruencia.

Sin embargo, es necesario anotar que tanto en la ley derogada como en la actual, la congruencia no puede entenderse “como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y el fallo, **SINO COMO UNA GARANTÍA DE QUE EL PROCESO TRANSITA ALREDEDOR DE UN EJE CONCEPTUAL FÁCTICO – JURÍDICO QUE LE SIRVE COMO MARCO Y LÍMITE DE DESENVOLVIMIENTO Y NO COMO ATADURA IRREDUCTIBLE**”²⁷, **POR LO QUE EN LA SENTENCIA, AL FALLAR SOBRE LOS CARGOS IMPUTADOS, EL JUEZ PUEDE, DENTRO DE CIERTOS LÍMITES, DEGRADAR LA RESPONSABILIDAD, SIN DESCONOCER LA CONSONANCIA.**

Ese límite en el código anterior era el correspondiente capítulo del Código Penal. Así, **POR EJEMPLO, SI SE ACUSABA POR HOMICIDIO AGRAVADO SE PODÍA CONDENAR POR HOMICIDIO SIMPLE, O CULPOSO O PRETERINTENCIONAL, ETC; Y SI EL HECHO SE HABÍA IMPUTADO AL PROCESADO A TÍTULO DE COAUTOR SE PODÍA CONDENAR COMO CÓMPLICE, SIN QUE EN NINGUNO DE ESTOS CASOS SE ENTENDIERA ROTA LA CONGRUENCIA.**

En consecuencia, lo más gravoso que le podía ocurrir a un acusado es que fuera condenado por los cargos que le fueron imputados en la resolución de acusación, los cuales se podían degradar, sin violar la consonancia, **PERO JAMÁS AGRAVAR.**

Si el juez, al condenar, lo hacía por fuera del capítulo correspondiente, esto es, cambiando la denominación jurídica, así fuera a favor del procesado, se vulneraba tal principio.

Así, si se acusaba por tentativa de homicidio no se podía condenar por lesiones personales. La única solución posible era anular lo actuado a partir de la resolución de acusación, para que ésta se profiriera por el delito correspondiente, para poder dictar la sentencia por él y así conservar la armonía entre las dos decisiones.

En sentido contrario, si el juez, al condenar, agravaba la responsabilidad, violaba tal garantía. Así, por ejemplo, si se acusaba por homicidio culposo no se podía condenar por doloso; y si se había reconocido la ira, en las condiciones del derogado artículo 60 del Código Penal, tal circunstancia no se podía desconocer al condenar; y si el hecho se había atribuido a título de complicidad no se podía imputar, al condenar, a título de coautoría.

Por lo tanto, en la ley derogada, **SE ROMPÍA LA CONSONANCIA CUANDO EN LA SENTENCIA SE AGREGABAN HECHOS NUEVOS, O SE SUPRIMÍAN LAS ATENUANTES RECONOCIDAS, O SE DEDUCÍAN AGRAVANTES,** o se cambiaba la denominación jurídica (es decir, de capítulo) o, en general, cuando se hacía más gravosa la situación del procesado.

(...)

Es importante reiterar que cuando el error en la calificación no versaba sobre el género sino sobre la especie del delito (por ejemplo, se acusaba por homicidio culposo y se consideraba que lo que se tipificaba era un homicidio doloso), no había manera de corregir el desatino, como quiera que no se podía decretar la nulidad ni se podía variar la calificación, debiendo el juez respetar la dada por el fiscal, pues **AL NO EXISTIR ERROR EN LA DENOMINACIÓN JURÍDICA, ESTO ES, EN EL GÉNERO DEL DELITO, QUE ERA EL ÚNICO CAPAZ DE AFECTAR LA ESTRUCTURA DEL PROCESO, SINO EN LA ESPECIE, NO SE PODÍA INVALIDAR LO ACTUADO.**

2. En orden a prevenir la inconsecuencia que resultaba de que no se pudiera enmendar el error cometido en la calificación jurídica del comportamiento, al proferirse la resolución de acusación, o de que no se pudiera variar, no obstante que en la etapa probatoria del juicio se allegaran elementos de convicción que demostraban que era incorrecta, **EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL PERMITE QUE SE CAMBIE.**

Se cuestionaba como ilógico e injurídico, además de injusto, que la ley procesal derogada no permitiera mudar la calificación, pues no sólo se impedía remediar un error, sino que se tenía

²⁷ Casación 10827, julio 29 de 1998, M :P. Dr. Carlos Estuardo Meija Escobar

que condenar por un delito menos grave, cuando por prueba legal, regular y oportunamente aducida, aparecía acreditado uno de mayor entidad.

(...)

3.1. LO QUE SE PERMITE CAMBIAR ES LA IMPUTACIÓN JURÍDICA, ESTO ES, LA ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CONDUCTA PUNIBLE.

Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en **LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN ES FÁCTICA Y ES JURÍDICA**. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, es decir, que **EL COMPORTAMIENTO, NATURALÍSTICAMENTE CONSIDERADO, COMO ACTO HUMANO, COMO ACONTECER REAL, NO PUEDE SER TROCADO.**

(...)

3.2. LA INTANGIBILIDAD DEL NÚCLEO ESENCIAL DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA IMPLICA QUE NO PUEDE SER CAMBIADO NI EXTRALIMITADO.

SI SE ALTERA, SE ESTARÁ EN PRESENCIA DE OTRO COMPORTAMIENTO, Y SI SE EXTRALIMITA O DESBORDA SE ESTARÁN ATRIBUYENDO OTROS HECHOS, OTRA CONDUCTA PUNIBLE, NO INCLUIDA EN EL PLIEGO DE CARGOS.

Así, por ejemplo, si a un alcalde se le acusa de haberse apropiado de los dineros del municipio, no se le puede variar la calificación para imputarle también haber falsificado documentos para lograr esa finalidad. Lo procedente será expedir copias para que tal hecho se investigue por separado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 92.6 del C. de P. P.

(...)

3.5. Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor).

La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al “reconocimiento de una agravante”, “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, y no a la inversa, sino del hecho de que **EL JUEZ, AL RESOLVER LOS CARGOS IMPUTADOS EN LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN, PUEDE, COMO SE ANALIZA ADELANTE, DEGRADAR LA RESPONSABILIDAD.**

De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, **QUE SE LE DEBE AMINORAR LA RESPONSABILIDAD, ASÍ LO DEBE ALEGAR Y NO PROCEDER A MODIFICAR LA CALIFICACIÓN A SU FAVOR.**

(...)

3.8. NI LA VARIACIÓN HECHA POR EL FISCAL DE LA CALIFICACIÓN PROVISIONAL, NI LA MANIFESTACIÓN DEL JUEZ SOBRE LA NECESIDAD DE HACERLO, SON PROVIDENCIAS O ACTOS DECISORIOS, SINO SIMPLES POSICIONES JURÍDICAS QUE EN GUARDA DEL DERECHO DE DEFENSA, DE LA LEALTAD PROCESAL Y DE LA ESTRUCTURA LÓGICA DEL PROCESO, SE LES PONEN DE PRESENTE A LOS SUJETOS PROCESALES, PARA QUE CONOCIDAS PUEDAN DEBATIRLAS, POR LO QUE NO SON RECURRIBLES.

(...)

6. Al tenor de lo expuesto, en la estructura del nuevo estatuto procesal, sólo habrá nulidad por error en la calificación, cuando la variación en la adecuación típica del comportamiento implique cambio de competencia.

(...)

8. TERMINADA LA AUDIENCIA PÚBLICA, EL JUEZ DEBE FALLAR SOBRE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN, EN LA VARIACIÓN EFECTUADA POR EL FISCAL Y EN LA PROPUESTA POR EL JUEZ COMO OBJETO DE CONTROVERSIA, RESPETANDO EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Por ende, le está vedado agregar hechos nuevos, suprimir las atenuantes que se le hayan reconocido al acusado, adicionar agravantes y, **EN GENERAL, HACER MÁS GRAVOSA SU SITUACIÓN.**

(...)” (El destacado es nuestro).

Véase entonces que, nada obsta para que, amén de que los reatos en cuestión se encuentran tipificados dentro del acápite de las conductas punibles que salvaguardan el

bien jurídico del patrimonio jurídico, se pueda variar el delito por el que se ha de condenar al señor FLÓREZ, máxime que, mientras el punible de ESTAFA trae una pena a imponer de 2 a 8 años de prisión, la conducta de ABUSO DE CONFIANZA dispone una sanción de privación de la libertad por el término de 1 a 4 años, es decir, a todas luces, es más benéfica la última en mención, la misma que se acompasa en mejor forma con el insuceso, y como ha quedado diáfano con la jurisprudencia previamente reproducida tal decisión o mutación en nada resquebraja los principios de congruencia y consonancia, los cuales, en últimas serían los que podrían llevar a la situación extrema de decretar la nulidad de la actuación, con miras a corregir el yerro en la calificación jurídica que aquí se hizo, pero como quiera que, ello no se hace necesario, la decisión será la de imponer compromiso penal en cabeza del señor FLÓREZ, pero acorde con el delito de ABUSO DE CONFIANZA, por cuanto, no agrava la situación del endilgado, el análisis se realizó en base a la imputación fáctica que realizó la Fiscalía en la acusación, esto es, no se agregaron hechos nuevos, circunstancias de mayor punibilidad o agravantes.

Tenemos entonces que, cuando la mandante le otorga poder amplio y suficiente, entre otras cosas al mandatario, para vender, entregar, el bien inmueble y recibir el producto o precio por la compra venta le está entregando la tenencia de este último bien, a título no traslativo de dominio, pues se lo está otorgando como una forma de administración, por lo menos, parte de él, pues, en el importe del precio, estaría incluido los honorarios de abogado que adeudaba la mandante y que el mandatario podría recibir y quedárselo por derecha, pues ya de tiempo atrás estaba acumulada la gestión jurídica por el proceso de pertenencia, la administración posterior del inmueble y un porcentaje así fuera mínimo, como gestor de la compraventa, puesto que todas estas diligencias atribuibles al profesional generan honorarios profesionales de abogado, y estaban acordadas consensualmente que se pagarían del dinero producto final de la compra venta del inmueble cuando ésta tuviera lugar a feliz término.

De forma tal que, la justicia ahora tampoco puede desconocer esta realidad, tajante y palpable, porque refulge de bulto dentro de los hechos que dieron lugar a la presente actuación.

Lo que también resulta claro a estas alturas y no puede ser ya negado por el procesado es que, tampoco las circunstancias lo autorizaban a comportarse como lo hizo, actualizando así, el delito de ABUSO DE CONFIANZA, puesto que, lo que debió haber hecho si temía que no le fuesen a pagar sus honorarios, al haberle otorgado la señora CANTILLO poder a otro abogado que lo demandara e intentar revocar los poderes que autorizaban la compra venta, era iniciarle un proceso civil y/o laboral en contra de dicha señora para regulación y pago de honorarios y solicitar el embargo ante un Juez de la República del precio real producto de la compra venta del inmueble, eso era lo viable y lo decente.

Cuando recibió el poder y autorización para vender y recibir el pago, repetimos, se le estaba entregando el manejo y el otorgamiento de un bien mueble (dinero) a título no traslativo de dominio, repetimos, pues no podía disponer de todo el dinero a su antojo, si no, según lo acordado, escasamente descontar los honorarios y/o solicitar la intervención de una autoridad superior de ambos protagonistas como lo hubiera sido un Juez competente que una vez embargado el producto de la compra venta entrara a regular cuánto correspondería al abogado y cuánto correspondería a la propietaria vendedora del inmueble.

En esta circunstancia, la Sala no tiene la menor duda que un comportamiento reprochable desde el punto de vista penal le es atribuible al abogado FLÓREZ, por supuesto tampoco en

la cuantía que en la que la dedujo el a-quo, pues, los perjuicios, ya no iban a hacer del monto total del precio o avalúo del inmueble, puesto que como perjuicio, debía descontarse lo que la propietaria del inmueble a estas alturas adeudaba al profesional del derecho.

Así las cosas, la sentencia se confirmará meramente en forma parcial, puesto que se modificará el tipo penal, en la medida que, ya no es ESTAFA, sino ABUSO DE CONFIANZA, ello conlleva igualmente que se modifique la sanción impuesta, así como el monto de los perjuicios, el cual, a todas luces también podría resultar impreciso ante este debate, pues no se sabe a ciencia cierta a cuánto ascienden los honorarios que el abogado podía descontarse por derecha, lo que de todas maneras, nunca habría de ser el equivalente al 100% del precio recibido, por lo tanto, la Sala los promediará.

En conclusión queda claro aquí mayormente que no hubo ESTAFA, por cuanto, no hubo engaño propiamente dicho, sino ocultamiento del momento y del hecho consumado de la materialización de la compra venta del inmueble, cosa que de todas maneras la señora siempre supo que podía suceder en cualquier momento, lo que no supo exactamente fue cuándo tuvo lugar la misma, y la suerte final del precio de compraventa, puesto que como ahora se le atribuye al implicado su ánimo e intención de apoderamiento este no lo comunicó, es por ello que esta Corporación se representa que lo que estamos es en realidad ante un ABUSO DE CONFIANZA, pues tampoco existió la *mise in escéne* para que se configure la ESTAFA, como se explicó en párrafos precedentes.

Así entonces, evidenciándose los elementos que estructuran el tipo penal por el que se ha de condenar, que lo son, que el objeto material del delito sea cosa mueble ajena, que exista un título no traslativo de dominio, y que al mueble se le dé un uso indebido o la apropiación del mismo en forma arbitraria por quien incurre en la conducta. Estructura típica que se aviene en forma coherente con lo sucedido.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 14 de febrero de 2002, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, Artículos 246 y 249 Código Penal

FECHA: Marzo 14 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-04-006-2011-00130-01/**2013-00324-P-CR**

DECISIÓN: Revoca parcialmente la sentencia apelada. Modifica la adecuación típica y dosificación punitiva realizada por la primera instancia.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

RETIRO FORZO RECTORA ENTE UNIVERSITARIO AUTONOMO –Casos en que resulta improcedente/ **DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**- Vulneración por no resolver de manera oportuna los recursos de vía gubernativa/**ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACIÓN**-Al no ser concomitante con la inclusión en nómina de pensionados se deben diferir los efectos jurídicos del mismo para permitir su transición hasta el momento del goce de la mesada pensional

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA FANDIÑO DE MUÑIZ, Sala Laboral

Causa fáctica: En el presente caso, la actora pretende que se ordene mantenerla en el cargo de Rectora de la Universidad del Atlántico hasta que Colpensiones resuelva los recursos que interpuso en contra de la Resolución que reconoció su pensión de vejez, y por lo tanto, se declare que la

desvinculación efectuada por la parte accionada, es violatoria de sus derechos constitucionales fundamentales.

Extractos: “Ahora bien, resulta evidente que la actora acude al mecanismo de amparo ante la amenaza de que sea efectivamente retirada del cargo de Rectora de la Universidad del Atlántico en virtud de lo dispuesto en la Resolución Superior No. 000012 de 2.013 expedida por la accionada, sin estar incluida en nómina de pensionados al no encontrarse en firme el acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez.

Por su parte, la accionada aduce que el acto administrativo que dispuso el retiro del servicio de la actora a partir del 30 de noviembre de 2.013 se fundamentó en que la señora Ana Sofía Mesa de Cuervo cumplió la edad de retiro forzoso, se le reconoció la pensión de vejez y fue incluida en nómina de pensionados en el mes de diciembre de 2.013.

Delineado de esta manera el debate y los reparos efectuados por la accionante a la sentencia del A-quo, resulta evidente que ante esta instancia el problema jurídico se circunscribe a la supuesta vulneración del debido proceso administrativo.

Constituye un hecho probado que la accionante Ana Sofía Mesa de Cuervo, quien ocupa el cargo de Rectora de la Universidad de la Atlántico, nació el 16 de septiembre de 1.947, por lo que en la actualidad tiene cumplidos los 66 años de edad (fls.43-50, 57, 67, 136 y 231).

Así mismo, que el I.S.S. por medio de la Resolución No 027032 del 28 de septiembre de 2.012, le concedió a la señora Ana Sofía Mesa de Cuervo la pensión de vejez, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1.993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2.003, en cuantía de \$7.191.200,00, dejándola en reserva hasta tanto la accionada acreditara el retiro del servicio. (fls.57 - 62 y 66).

De igual manera, que la accionante solicitó el 23 de abril de 2.013 a la Jefe de Departamento de Talento Humano de la Universidad del Atlántico que procediera a realizar la novedad de retiro del sistema de seguridad social a partir del mes de mayo de 2.013, y que posteriormente Colpensiones por medio del comunicado del 7 de octubre de 2.013, recibido en la Universidad del Atlántico el 10 de octubre del mismo año, le informó al ente universitario que expidió acto administrativo que reconoce pensión de vejez a la señora Ana Sofía Mesa De Cuervo, y que ingresara en nómina del mes de octubre, pagada en noviembre (fls.63-64, 326-328, 335-336).

En efecto, se acredita que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a través de la Resolución No GNR 250803 del 8 de octubre de 2.013²⁸, le reconoció a la accionante el pago de una pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1.993 a partir del **1° de diciembre de 2.013**, en cuantía de \$8.538.186,00, indicando que será ingresada en nómina para diciembre de 2.013 cuyo pago será en enero de 2.014, acto administrativo frente al cual la señora Ana Mesa De Cuervo interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación el día **30 de octubre de 2.013**²⁹ alegando que: a) no se ha solicitado información al último empleador, b) no se ha solicitado el reconocimiento de la pensión, c) se reconoció de oficio la pensión de vejez en contravía del artículo 13 del Decreto 758 de 1.990, d) el acto administrativo expedido por el I.S.S. se le notificó por edicto cuando ya esa entidad estaba en proceso liquidatorio, reiterando su

²⁸ Ver folios 66-74, 138-146 y 338-345.

²⁹ Ver folios 75-93.

petición del 1° de septiembre de 2.013, y, e) la pensión debe ser reliquidada por tener derecho al Régimen de Transición consagrado en la Ley 100 de 1.993, y que debe aplicarse la Ley 33 de 1.985 con el 75% sobre el I.B.L. de acuerdo a lo percibido en el último año de servicio, además de las disposiciones aplicables del Decreto 758 de 1.990 y se tengan en cuenta todos los factores salariales para liquidar la pensión.

También se demuestra que el accionado previamente a indagar por la situación pensional de la actora³⁰, profirió con fundamento en el mencionado acto administrativo expedido por Colpensiones, la Resolución Superior No 000012 del 24 de octubre de 2.013 a través de la cual resolvió retirar del cargo de Rector de la Universidad del Atlántico a la actora por haber llegado a la edad de retiro forzoso **a partir del 30 de noviembre de 2.013**³¹, acto que igualmente fue objeto del recurso de reposición interpuesto por la accionante el día **12 de noviembre de 2.013**³², el cual fue resuelto a través de la Resolución No 000013 del 6 de diciembre de 2.013, que se encuentra en trámite de notificación según lo certificó el Secretario General del ente universitario autónomo en mención³³.

Los anteriores supuestos fácticos acreditados ponen de presente que el accionado Consejo Superior de la Universidad del Atlántico en principio se ciñó a la Ley (Decreto 2245 de 2.012) y a la jurisprudencia constitucional al momento de proferir la Resolución Superior No 000012 de 2.013 al disponer que el retiro del servicio se efectuará a partir del 30 de noviembre de 2.013, fecha concomitante a la informada por Colpensiones en la Resolución No GNR 250803 de 2.013 para la inclusión en nómina de la accionante <1° de diciembre de 2.013>. Más acontece, que no es dable desatender circunstancias particularísimas que se han dado en este caso, que implican la imposibilidad jurídica de ejecutabilidad de los referidos actos administrativos que han dado génesis al presente debate, como lo es que la actora ejerció su legítimo derecho de defensa, al interponer en forma oportuna los recursos de la vía gubernativa en contra de ambas Resoluciones <la que dispuso el retiro del servicio y la que reconoció la pensión de vejez con la inclusión en nómina>, lo cual impide que sean materializadas, dado que mientras no se ciñan a lo dispuesto en las normas que regulan su ejecutoria y que garantizan un debido proceso como las traídas a colación anteriormente, no se logran los cometidos previstos por la ley y la jurisprudencia, en el sentido de que exista un reconocimiento de la pensión y su inclusión efectiva en nómina de pensionados, lo que ameritaba conceder el amparo.

Si bien, con posterioridad al fallo de primera instancia que negó el amparo, se ha certificado haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo que retira del servicio a la accionante³⁴, no ha acontecido lo mismo respecto de los recursos de reposición y en subsidio el de apelación interpuestos por la accionante en contra de la Resolución expedida por Colpensiones, supuestos fácticos que constituye una afirmación de la accionante que no fue rebatida por esta entidad a pesar de haber sido vinculada como tercero interesado en esta acción constitucional y al no rendir el informe solicitado³⁵, opera la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1.991, al igual de que hasta la presente no se le ha incluido en nómina, lo que se corrobora no solo con los certificados expedidos por Colpensiones de fecha 2 de Diciembre de 2013 que fueron aportados por el apoderado judicial de la impugnante³⁶, y que dan cuenta que

³⁰ Ver folios 234-237, 239-245,

³¹ Ver folios 102 a 105.

³² Ver folios 108 a 121.

³³ Ver folios 505.

³⁴ Ver folio 505.

³⁵ Ver folio 194 y 196.

³⁶ Ver folios 443 y 444.

a pesar de que a la señora Mesa De Cuervo Ana Sofía para la nómina de noviembre de 2.013 se le giraron en la entidad “37-BANCOLOMBIA CENTRAL DE PAGOS – 554 – 0-BARRANQUILLA-DANN CARLTON-CL 9” un neto de \$15.880.972,00 por concepto de mesada pensional y la mesada adicional con los descuentos efectuados, también se indica que su estado de Pensionado está suspendido, desde el Período de “**2013-11**”, y que la causal de suspensión de su pensión de vejez obedece a: “*nombramiento cargo público*” y la observación “*por solicitud GNR no acredita retiro de cargo público Decreto 2245/2012. Acta No 5 de 13/11/2013*”, sino también con el certificado del Jefe del Departamento del Talento Humano de la Universidad del Atlántico que da cuenta que “*no ha recibido de Colpensiones certificación alguna en el que haga constar que la señora ANA SOFIA MESA DE CUERVO..., ha sido incluida en nómina de pensionados*”³⁷.

No obstante para una mayor certeza, se consultó en la página web de Colpensiones, la historia laboral de la accionante³⁸, y el certificado generado vía internet, que se anexan al expediente, en la que también se reporta que su estado de afiliación es “**activo cotizante**”³⁹, pruebas que permiten tener la convicción de que hasta la presente la inclusión en nómina de pensionados y su correspondiente pago de mesadas a la accionante no han podido materializarse, circunstancias que impiden la ejecutabilidad del retiro del servicio de la señora Ana Sofía Mesa de Cuervo.

Por ende, en un caso tan especialísimo como este, en donde el acto administrativo de retiro no sea concomitante con la efectiva inclusión en nómina de pensionados y el consecuente pago de las mesadas pensionales, amerita la protección de los derechos fundamentales ante su evidente amenaza a diferencia de lo considerado por el A-quo.

Es de anotar que un caso similar, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de tutela calendada 7 de abril de 2.011, Rad. 68001-23-31-000-2011-00057-01(AC)⁴⁰, al confirmar la decisión de conceder el amparo, esgrimió:

“Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

Según aparece a folio 6 del expediente, CAJANAL E.I.C.E. en liquidación mediante Resolución PAP019397 de 15 de octubre de 2010, le reconoció pensión de vejez al señor MIGUEL ANGEL GAMBOA GAMBOA, decisión frente a la cual el interesado interpuso recurso de reposición el 12 de noviembre del mismo año, es decir que el mismo no se encuentra en firme.

A pesar de lo anterior, el Gerente de Talento Humano de la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante oficio de 7 de enero de 2011 (Fl. 17) le solicita a las Delegadas Departamentales en Santander que remita los actos de retiro del servicio de ciertos funcionarios, dentro de los que se encuentra el actor, por encontrarse en firme el acto de reconocimiento pensional.

Las Delegadas ad demandada atendiendo al contenido del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y a la información enviada por el Gerente de Talento Humano, decidieron retirar del servicio al actor del cargo de Registrador Municipal 4035-05 de la Delegación Departamental de Santander.

Dicho acto ordenó además, que se enviara la respectiva comunicación a CAJANAL en liquidación a fin de obtener la respectiva inclusión en nómina de la demandante.

*De acuerdo con lo anterior, **es claro que los derechos del actor han sido quebrantados, pues la Entidad decidió desvincularlo del servicio a pesar de que su derecho pensional aún no se ha***

³⁷ Ver folio 507.

³⁸ Actualizada al 7 de Febrero de 2014.

³⁹<https://hla.colpensionestransaccional.gov.co/contenido/principal.aspx>

⁴⁰ C.P. Alfonso Vargas Rincón.

consolidado en razón a que se encuentra pendiente que resuelva el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución que le reconoció el derecho y por consiguiente es imposible que sea incluido en nómina de pensionados.

Si bien la Gerente de la Unidad de Gestión del PATRIMONIO AUTONOMO BUENFUTURO manifiesta que mediante Resolución PAP 039291 de 16 de febrero de 2011, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor y por consiguiente solicita que se declare que se ha configurado un hecho superado, **lo cierto es que para el momento en que fue desvinculado el actor la Resolución de reconocimiento aún no se encontraba en firme, lo que impedía como se precisó anteriormente, su inclusión en nómina**. <Negrilla y subraya fueras de texto>.

De lo antes expuesto, además se desprende que el término con que disponía la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad vinculada a la presente acción, para resolver los recursos de reposición y en subsidio de apelación se encuentran vencidos en demasía, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia constitucional para esta clase de trámites<15 días>⁴¹, si se repara que han transcurrido más de 3 meses desde que fueron interpuestos sin que hasta el momento se demuestre que han sido resueltos.

Debe precisarse, que como quiera que los recursos fueron interpuestos en contra de una Resolución expedida por Colpensiones, los cuales se radicaron en sus oficinas el día 30 de octubre de 2.013, no resultan aplicables las disposiciones de los Autos No 110 del 5 de junio de 2.013⁴² y 320 del 19 de diciembre 2.013⁴³, de la Corte Constitucional toda vez que el numeral 3° de la parte resolutive del auto primigenio dispuso **“Tercero.- Advertir a los jueces de la República que cuando la acción de tutela se presente por la presunta infracción del derecho de petición de solicitudes radicadas ante Colpensiones o contra las resoluciones de Colpensiones que resuelvan sobre el reconocimiento de una pensión, no se aplicarán las restricciones excepcionales dispuestas en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de esta providencia, de modo que se seguirán las reglas jurisprudenciales corrientes sobre derecho de petición, procedibilidad de la acción de tutela, órdenes de protección constitucional, cumplimiento de la sentencia e imposición de sanción por desacato (Supra 43)”**, y además la actora no se encuentra incluida en nómina de pensionados.

Luego, fuerza concluir que ante la inminente firmeza que se perfila de la Resolución Superior No 000012 de 2.013 que ordenó el retiro de la accionante, el cual debe ejecutarse en una fecha en que ya no es concomitante con la de inclusión en nómina de pensionados ante la falta de ejecutoriedad de la resolución que le reconoce su pensión de vejez y su consecuente inclusión en nómina de pensionados, se impone en aras de evitar un perjuicio irremediable y la amenaza de los derechos al mínimo vital y debido proceso, revocar en su integridad la sentencia impugnada, para en su lugar, conceder la tutela por los derechos

⁴¹La doctrina reiterada de la Corte Constitucional sobre el alcance consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, en relación a los plazos con que cuentan las entidades para dar respuesta a las peticiones en materia pensional, se encuentra plasmada en sentencia tales como la T-1194 del 29 de noviembre de 2.004, M.P. Jaime Araujo Rentería, y la SU-975 de 2.003, al expresar para el caso específico de los recursos: “(...) 3.2. De esa manera se sentó la jurisprudencia que desde ese momento viene aplicando este tribunal (3). Indicó que el plazo con el que cuentan las entidades encargadas de administrar los recursos destinados a pensiones para responder las solicitudes que hagan los ciudadanos es: **I. De quince (15) días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional en cualquiera de las siguientes hipótesis:** a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; **c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo**”. II. De cuatro (4) meses para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensión al (reconocimiento de pensiones de vejez e invalidez así como las relativas a reliquidación y reajuste de las mismas). III. De seis (6) meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales.

⁴² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital mediante orden que inste en primer lugar, al Consejo Superior de la Universidad del Atlántico, representado por su Presidente, Doctor José Antonio Segebre Berardinelli, o quien haga sus veces, para que difiera los efectos jurídicos de dicha Resolución Superior, de tal manera que la efectiva cesación de las funciones de la actora como Rectora de la Universidad del Atlántico se produzcan una vez se les comunique por parte de Colpensiones que se resolvieron los recursos interpuestos y se encuentra incluida en nómina de pensionados, comenzando a percibir su mesada pensional. Igualmente, se ordenará al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones Doctor Mauricio Olivera González, o quien haga sus veces, que realice las gestiones pertinentes a través de la respectiva dependencia para que dentro de los términos siguientes resuelvan si aún no lo han hecho los recursos interpuestos por la accionante el día 30 de octubre de 2.013 en contra de la Resolución No GNR 250803 del 8 de octubre de 2.013, así: “cinco (5) días – para resolver la reposición, y diez (10) días para resolver la apelación”, contados a partir de la notificación del presente fallo y una vez resueltos, y en firme, se lo comunique inmediatamente al Consejo Superior de la Universidad del Atlántico para lo de su competencia.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 9° de la Ley 797 de 2.003, Decreto 2245 de 2.012, Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 7 de abril de 2.011, Rad. 68001-23-31-000-2011-00057-01(AC), Corte Constitucional. Sentencias: C-1037 del 5 de noviembre de 2.003 y T-686 de agosto 27 de 2.012.

FECHA: Febrero 14 de 2014

ACCIONANTE: Ana Sofía Mesa De Cuervo

ACCIONADO: Consejo Superior De La Universidad Del Atlántico

RADICACIÓN: 08-001-31-05-003-2013-00533-00(00001).

DECISIÓN: Revoca fallo de primera instancia. Ordena proteger los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA