

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 12 – ABRIL 2013

PRESENTACIÓN

Resulta de especial satisfacción para la Presidencia del Tribunal Superior de Barranquilla, presentar a la comunidad judicial este nuevo número del boletín jurídico, el cual recoge las últimas providencias de las Salas Especializadas de ésta Corporación, y que resultan de interés para los jueces, empleados, litigantes, y ciudadanía en general.

Es importante esta recopilación porque ya muchos de los destinatarios de la obra, están interesándose en mantenerse conectados con nuestra Relatoría, y algunas personas que desconocían nuestra labor han comentado que es importante para la judicatura tratar de unificar criterios y posiciones que ha adoptado el Tribunal sobre ciertos puntos de derecho.

Tratándose de sentencias se diversas áreas del derecho, resulta importante la difusión de las mismas, por cuanto sirven de referente para casos análogos, y así mismo muestran el acto jurisdiccional por excelencia no solo en su estructura formal, sino jurídica y sociológica, puesto que dependiendo de su claridad, precisión y congruencia, determinan el ejercicio de la legitimidad de la Rama Judicial a través del reconocimiento de los derechos y el cumplimiento de las garantías propias de cada juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Presidenta Tribunal Superior



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 12 – abril 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO- Sólo exonera la causa extraña/**DAÑO EN EL SISTEMA DE FRENOS DEL AUTOMOTOR-**No constituye una circunstancia imprevisible e irresistible/**EMPRESA TRANSPORTADORA-**Debe asumir el daño en el sistema de frenos como un vicio interno de la cosa controlada y explotada/**RELACIÓN DE CAUSALIDAD-**Se encuentra probada entre el daño en el sistema de frenos y el choque con otro vehículo de servicio público

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, se pretende que se declare tercero civilmente responsable a la empresa transportadora a la cual se encontraba afiliada el bus que colisionó con otro vehículo de servicio público, causándole graves daños y que le generó la pérdida de la renta diaria que percibía su propietario por la explotación económica que hacía del mismo, como quiera que a pesar de haber sido declarado contraventor por la respectiva secretaria de tránsito municipal el propietario del vehículo y el conductor no le respondían por el menoscabo patrimonial sufrido.

Extractos: “En lo que atañe con la responsabilidad por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas, para la Sala es claro que, esta especie de responsabilidad se juzga a la luz del contenido del artículo 2356 del Código Civil, cuya interpretación jurisprudencial en los últimos tiempos a nuestro juicio, muestra un criterio de imputación marcadamente objetivo con soporte en la teoría del riesgo creado, o, si se prefiere, con apego al lenguaje de la Corte Suprema de Justicia, tal responsabilidad, cuyo desarrollo jurisprudencial proviene desde la llamada Corte de oro, se sostiene en una presunción de culpa reforzada a cargo del victimario, quien sólo puede enervar tal presunción con la prueba clara de la ocurrencia de una causa extraña, como se dice en las sentencias de Casación de agosto 24 de 2009, expediente 01054-01, M.P. William Namen Vargas y de 26 de agosto de 2010, expediente 2005- 00611-01 M.P.: Ruth Marina Díaz.

En la especie de esta Litis, cabe precisar, desde ahora, que en rigor, no se configura la causa extraña que ha invocado en todo el pleito la empresa demandada Transportes Atlántico S.C.A., consistente en un supuesto caso fortuito que se configuraría con “...la existencia de la falla repentina del sistema de frenos...” del automotor afiliado a la demandada, porque la falla del sistema de frenos no escapa al control que de la actividad peligrosa se ejercita por la empresa demandada, o , en otros términos, el desperfecto mecánico del sistema de frenos se asume como un vicio interno de la cosa controlada y explotada por el demandado, quien debe responder, no obstante, la ocurrencia de ese hecho.

En efecto, en el derecho patrio, el caso fortuito o fuerza mayor se configura cuando se constata la ocurrencia de un hecho que tenga las características de irresistible y además, imprevisible, empero, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que el vicio interno de la cosa o de la actividad peligrosa no libera de responsabilidad al deudor o demandado, por tratarse de hechos internos a su propia actividad, por la cual se responde. ¹

Por lo explicado, para la sala es conclusivo que, la falencia del sistema de frenos que se dice haber sido la causa de la colisión de los buses de servicio público, y que averió el automotor del demandante e incluso causó lesiones a varios de los pasajeros del automotor de placas UVV-500, no configura causa extraña, como se invoca por la demandada, pues tal hecho de no funcionar el sistema de frenos del automotor de placas UVV-920 no tiene, o mejor no reúne las condiciones de la causa extraña como quiera que, según la jurisprudencia nacional la revisión y mantenimiento de los componente mecánicos del automotor corresponde a su dueño, explotador o guardián, y su desperfecto o no funcionamiento no liberan de responsabilidad civil, por no configurarse una causa extraña.

Se puntualiza que, la falla en los frenos se admite sin discusión alguna por el conductor del bus de placas UVV-920 afiliado a la empresa Transportes Atlántico, como se aprecia en el informe de accidente número 94-120750 que en fotocopia auténtica se incorporó como prueba adjunta a la demanda (folios 6 y 7 del cuaderno principal), y por tanto, se insiste, esa circunstancia fáctica no configura causa extraña según lo explicado.

Ahora bien, la sala se aleja total y radicalmente de la conclusión que contiene la sentencia recurrida, según la cual no existe prueba de la relación de causalidad, bajo el entendido que la resolución 61 de 1996, no es idónea como prueba documental, pues es notorio que tal resolución de la oficina de Transporte y Tránsito del municipio de Soledad, no es, ni puede ser, el medio de convicción adecuado para establecer o no el nexo causal como equivocadamente se da a entender en la providencia de primera instancia.

La relación causal aflora con claridad en el plenario, pues, la colisión de los automotores tiene como causa el hecho de la falencia en el sistema de frenos del automotor de placas UVV-920, y tal circunstancia produjo el estrello con el rodante de propiedad del actor.

En este pleito, lamentablemente, las partes y el juzgado, han centrado su atención casi que exclusivamente en la fuerza probatoria de la resolución 61 de 1996, de la Secretaría Municipal de Transporte y Tránsito de Soledad (folios 2 y 3 del cuaderno principal), cuando en verdad tal acto administrativo, con o sin fuerza probatoria como documento, por sí sólo, no establece ni acredita la configuración de la responsabilidad civil que se debate, puesto que la figura jurídica de la responsabilidad civil, cobra vida, como en este caso, con la demostración de un daño imputable al demandado, que en ultimas es lo relevante en materia de responsabilidad contractual o extracontractual.

Se destaca que, en relación con la circunstancias de tiempo, modo y lugar de la colisión de los automotores implicados en el accidente de tránsito ocurrido el 18 de agosto de 1996, no

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 abril de 1961. Gaceta Judicial tomo XCV

existe discrepancia entre las partes litigantes y por lo mismo se admite, como se indica en el informe de accidente (folios 6 y 7 del cuaderno principal), incorporado en copia autentica, que la colisión de los rodantes de servicio público obedeció a que el bus de placas UVV-920 se quedó sin frenos y por ese hecho estrelló con violencia el vehículo placas UVV-500 de propiedad del demandante (certificado visible a folio 11, cuaderno principal) afiliado a Transportes Lolaya, de tal suerte que este aspecto fáctico se debe tener por cierto y acreditado en el plenario.

En lo que atañe con los perjuicios derivados del accidente de tránsito acontecido el 18 de agosto de 1996, no obstante inferirse que la colisión no solo causó daños al microbús del demandante, sino que también causó lesiones corporales a varias personas, según se infiere de los documentos visibles a folios 4 y 5 del cuaderno principal, es lo cierto que aquí solo se reclaman los daños materiales sufridos por el vehículo de placas UVV-500 de propiedad del demandante, quien sobre el particular aportó con la demanda una certificación sobre gastos de latonería, pintura y mecánica, sin establecer el valor de tales reparaciones realizadas al automotor, pues, solo señala ese documento el periodo de tiempo durante el cual se adelantaron esos trabajos de reparación,(folio 13, cuaderno principal) en tales condiciones, recuerda la sala que, establecido el daño sin que obre prueba concreta de la cuantificación de los mismos es deber del juez indagar ese aspecto para que la reparación de los perjuicios sea eficaz y, en busca de la realidad procesal sobre el monto de los daños sufridos, el tribunal decretó prueba pericial mediante auto de 29 de agosto de 2012 (folios 24 y 25, cuaderno numero 4).

El perito designado para la cuantificación de los daños presentó su informe indicando que el daño emergente y el lucro cesante en valores actualizados corresponde a la suma de \$ 60.149.080 (folios 41 a 43, cuaderno numero 4), el que fuera objeto de aclaración y complementación según se aprecia a folios 57 a 59 del cuaderno del tribunal.

La referida prueba pericial fue objetada por error grave por el apoderado de la sociedad demandada mediante escrito radicado el 30 de enero de 2013 (folios 63 y 64, cuaderno del tribunal)empero, se observa con total claridad que el referido escrito no indica, ni contiene, debiendo hacerlo, los requisitos y exigencias que señala la ley en el artículo 238 numerales 4 y 5 del C.P.C., es decir, no puntualiza ni determina el error grave que se denuncia afecta la prueba pericial, ni menos aún se señala, siendo necesario, si el presunto error fue determinante en las conclusiones del perito, o , el yerro se haya originado en las conclusiones del experto, razones por las cuales el tribunal denegará la objeción por error grave formulada por la demandada.

Con este panorama probatorio se entiende que la sala acogerá el dictamen pericial ofrecido en esta instancia por el auxiliar de la justicia, como quiera que tal estudio, no obstante su corta extensión, satisface las exigencias que reclama el canon 241 de la legislación procesal Civil, pues, en efecto, contiene unas conclusiones sobre los daños materiales del microbús, construidas con claridad y precisión, de tal suerte que se condenará a la parte demandada al pago de los perjuicios del daño emergente y lucro cesante, cuya tasación está indicada en el dictamen elaborado por el colaborador de la justicia (folios 41 a 43 del cuaderno del tribunal).”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 2356 del Código Civil, sentencias de Casación de agosto 24 de 2009, expediente 01054-01, M.P. William Namen Vargas y de 26 de agosto de 2010, expediente 2005- 00611-01 M.P.: Ruth Marina Díaz, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 abril de 1961, Gaceta Judicial tomo XCV, Artículo 241 de la legislación procesal Civil

DEMANDANTE: Eulises Villarreal Mendoza

DEMANDADO: Transportes Atlántico López E Hijos S.C.A. Y Otros

FECHA: Marzo 21 De 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-009-1999-00480-02/**36.388**

DECISIÓN: Revoca Sentencia De Primera Instancia. Declara Civilmente Responsable. Condena Al Pago De Perjuicios.

RESPONSABILIDAD MÉDICA-Violación al deber de cuidado y seguridad/COBRO DE LO NO DEBIDO-Al no cancelar los padres de la menor dinero por conceptos de atención médica no hay lugar al pago de perjuicios materiales/**PERJUICIOS MORALES-**Resulta procedente la condena por este concepto por la aflicción y congoja sufrida por la paciente y su familia/Secuelas fisiológicas/**DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES-**Se encuentran excluidos de la póliza de seguro/No constituyen un elemento de la esencia del contrato de seguro

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica: El asunto que se examina, tiene su génesis en un caso de negligencia médica en el manejo de un electro-bisturí, que ocasionó quemaduras dentro del quirófano, a una menor de edad, cuando estaba siendo sometida a una cirugía de cornetes en una clínica de esta ciudad, buscándose obtener por tal daño, un resarcimiento dinerario por los perjuicios materiales y morales causados a ella y a su familia.

Extractos: “En el acápite de hechos, son claros los demandantes, cuando afirman que la menor Kelly Johana Arévalo Fernández, fue remitida por Coomeva Medicina Prepagada a la Clínica Yepes Porto, y que la EPS autorizó la cirugía realizada el día 16 de julio de 2007. Desde aquel momento, la ejecución del contrato estaba por cuenta de la Clínica Yepes Porto, y a partir del acaecimiento del hecho dañino (quemadura), fue el doctor Alfonso Yepes Rubiano, quien asumió de manera particular los gastos hospitalarios y quirúrgicos causados.

Arguyen los demandantes que hubo responsabilidad por parte de Coomeva Medicina Prepagada S.A. por no autorizar los procedimientos en la Clínica Bautista, empero, bien es cierto que aunque su ingreso a la Clínica Bautista se realizó con el carnet dorado de Coomeva Medicina prepagada, luego se diligenció el ingreso bajo la responsabilidad de Yepes Restrepo & Cia S. en C.- Clínica Yepes Porto, sin existir entonces, un perjuicio derivado del incumplimiento.

Debe ratificar este despacho lo dicho por el Juzgado en este punto, pues no puede imputársele daño alguno a EPS COOMEVA, toda vez que su obligación no está por fuera del contrato de medicina prepagada, además que contrario a lo que sostiene el demandante, la solidaridad solo es aplicable a la clínica donde laboró el médico, más no se hace extensible a la entidad prestadora de salud. Esto, porque la obligación de la EPS es la de prestar el servicio y ofrecer distintas opciones para tal cometido, obligación que cumplió al proporcionar al usuario los servicios prestados por la CLINICA YEPES PORTO. Podría

predicarse la responsabilidad de la EPS COOMEVA, en el evento que el servicio médico lo hubiese prestado directamente la EPS, pues en esas circunstancias las fallas médicas y perjuicios harían parte de su responsabilidad, sin embargo, no es el caso que se plantea aquí.

Dichas así las cosas, pasaremos entonces a analizar la responsabilidad de la CLÍNICA YEPES PORTO y el DR. YEPES RUBIANO atendiendo las obligaciones que le correspondían en virtud del contrato de servicios médicos celebrado con los demandantes.

DE LA OBLIGACION DE SEGURIDAD DE YEPES PORTO Y EL DR. YEPES RUBIANO

El profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO, citando a Jean Penneau, Boris Starck, Henry Roland, entre otros, ha sido enfático en establecer la posición mayoritaria de la doctrina, que manifiesta que *“la obligación que asume el médico, de ordinario, es de medios y no de resultado, en razón que se compromete a brindarle al paciente una esmerada y cuidadosa atención médica, en un todo de acuerdo con los avances y los cánones de la ciencia médica, en la inteligencia de que la curación o el buen suceso del tratamiento sugerido, no depende exclusivamente de su actuación o actividad, sino de una suerte de circunstancias e imponderables, que in toto, trascienden su querer y, por contera, le son enteramente ajenos(corolario prevalentemente aleatorio).”*²

En efecto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, señaló lo siguiente:

*“Si en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. **Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.**”*³

El numeral 3 del artículo 3° del Decreto 1011 de 2006⁴, define la obligación de seguridad en la atención en salud como *“...el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de salud o mitigar sus consecuencias.”*

Como se aprecia, esta obligación contiene diversas prestaciones, encaminadas a la reducción o mitigación de los riesgos a través de medidas de precaución, que pueden evitar consecuencias adversas en relación con la atención de salud.

Entonces, es claro, que tanto el médico tratante como la clínica demandada, en virtud del contrato de prestación de servicios de salud, tenían la obligación de garantizar la seguridad del paciente, lo que significa que debían tomar todas las medidas pertinentes para que el paciente no sufriera ningún accidente en el transcurso de la operación.

² Carlos Ignacio Jaramillo J. Responsabilidad Civil Médica. Colección Ensayos 8. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2002. Pág. 330.

³ Providencia del 12 de septiembre de 1985.

⁴ “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Dicho esto, debemos constatar si efectivamente los demandados incurrieron en culpa o negligencia, con miras a determinar el incumplimiento de la obligación de seguridad.

Por ser esta una obligación de medio, le corresponde al acreedor del servicio médico, en este caso el demandante, demostrar la negligencia del profesional de la medicina y de la institución hospitalaria, mientras que, al profesional y a la institución les corresponderá probar que fueron lo suficientemente cuidadosos y prudentes para tratar de lograr el resultado, pero que por circunstancias ajenas a su voluntad, se generó un resultado no deseado.

Del material probatorio allegado, y de lo ya expuesto sobre el deber de seguridad, concluye esta Sala que si bien existió diligencia respecto a la cirugía de cornetes, no existió la misma en cuanto al manejo y precaución que debía tenerse con el equipo electro-médico, por lo que no es posible endilgar responsabilidad por la cirugía practicada en la nariz, sino por las quemaduras producidas por el electro cauterio, pues le asistía el deber a los demandados de verificar el estado en que se encontraba los instrumentos para realizar la operación, y hacer el mantenimiento respectivo, por lo que no hacerlo es un incumplimiento de sus obligaciones dentro del contrato de prestación de servicios de salud.

Es decir, se incumplió con el deber de seguridad que se desprende de la relación jurídica entre el médico tratante, la clínica y el paciente, en tanto, los demandados tenían la obligación de evitar cualquier daño que pudiera ser irrogado al paciente durante todo el tiempo que estuvo al cuidado del centro hospitalario, pero no fue así por el descuido o negligencia de su parte al no verificar el estado de los instrumentos quirúrgicos.

DE LA EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO

Ahora, pese a que efectivamente existió un incumplimiento del deber de seguridad, debe este despacho analizar otro aspecto que resultara fundamental para resolver la litis de este asunto. Este es el referido, a la excepción expuesta por los demandados sobre el cobro de no debido.

Pretenden los demandantes se les reconozca la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00) más intereses y corrección monetaria producto de la atención médica de su menor hija, además de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes como consecuencia de los perjuicios morales causados.

Pese a tal pretensión, los demandantes no aportan prueba alguna de haber realizado desembolso económico como consecuencia de la lesión causada a su hija. Por el contrario, si se observa en el expediente las facturas canceladas por la sociedad Yepes Restrepo y Cia S, por los servicios que se le prestaron a la menor como consecuencia de la quemadura en su pierna derecha.

De lo anterior se colige, que no incurrieron en ningún gasto los padres de la menor, por lo que no es dable reconocerles suma alguna por concepto de daño emergente y lucro cesante, pues no existieron perjuicios de índole material. En esta medida, la Sala declarara probada la excepción de cobro de lo no debido.

LOS PERJUICIOS MORALES

Faltaría por tratar lo correspondiente a los perjuicios morales ocasionados a la menor como consecuencia de la quemadura que sufrió en el transcurso de la operación. En lo que se refiere a perjuicios morales, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, *“Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca a sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea, que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado.”*⁵

En primer lugar, considera esta Sala, que los perjuicios morales que reclaman no deben tasarse para todos los demandantes, pues de las circunstancias fácticas del caso únicamente se desprende que los padres de la menor sufrieron perjuicios de esta índole, al igual que la menor que sufrió el daño, por lo que solo tasaremos los perjuicios morales respectivos a la menor y a sus padres.

Adentrándonos ya en la estimación de los perjuicios morales, nos ilustra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

*“Ahora, tal estimación de los perjuicios debe hacerse teniendo en cuenta criterios concretos **como la magnitud o gravedad de lo sucedido, la víctima, las secuelas que dejó el daño, entre otros tanto.** En consideración a esto, para la Sala resulta claro que los eventuales perjuicios morales deben solo tasarse para la menor que sufrió la quemadura, no para todos los demandados. La estimación de esa especie de perjuicio debe atender a criterios concretos como la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso e, inclusive, en algunos casos, por qué no, la misma identidad del ofensor, habida cuenta que ciertos sucesos se tornan más dolorosos dependiendo de la persona que los ha causado.”*⁶

Atendiendo los anteriores criterios, pasaremos a analizar las secuelas que la quemadura dejó en la menor, de acuerdo con los dictámenes aportados al expediente.

De acuerdo al dictamen de medicina legal, la menor xxxxxxxxxx presenta: “cicatrices de 10x2 cm., 2x2 cm. y de 10 cm., hipocrímicas, levemente hipertroficadas, localizadas en la cara entero interna de tercio medio y en cara inferior de pierna derecho, **las cuales son ostensiblemente deformantes**”

De igual forma, en el dictamen pericial rendido por la Doctora María Helena de la Rosa, se señala: “las secuelas son cicatrizales consistentes en dos (2) cicatrices pequeñas, muy poco visibles y una de mayor tamaño de 10 cm. de longitud por 3 cm. en extremo proximal y 1 cm. en su extremo distal, deshiciente, hialina que se considera no necesita intervención quirúrgica por el riesgo beneficio, **ya que la cicatriz que se obtenga siempre va a hacer visible, con altísima probabilidad de ensanche**”

Con base en lo anterior, estima esta Sala, que dado la gravedad de la quemadura y la infortunada cicatriz que le quedó, fruto de este accidente, es menester reconocerle a la menor xxxxxxxxxx, a título de perjuicios morales, la suma de diez millones de pesos \$10.000.000, considerando que los dictámenes médicos concuerdan en señalar que existen

⁵ Sentencia de 10 de marzo de 1994.

⁶ Sentencia de 5 de mayo de 1999, M.P. Dr Jorge Antonio Castillo Rugeles

pocas probabilidades que la cicatriz disminuya o desaparezca, lo que significa una secuela de por vida para la menor.

A su turno, para los padres, en razón del sufrimiento moral ocasionado en razón de la lesión de la menor, se tasarán en la suma de \$5.000.000 a cada uno de ellos.

Esbozadas las anteriores consideraciones, esta Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar declarará probada la excepción de cobro de lo no debido en relación con los perjuicios materiales pedidos por los demandantes. Sin embargo, se declarara responsable a la SOCIEDAD YEPES RESTREPO Y CIA y solidariamente ALFONSO YEPES RUBIANO por los perjuicios morales ocasionados a la menor xxxxxxxxxxxx y a sus padres, señores Moisés Arévalo y Flor Maria Fernández y se les ordenara indemnizar por la suma respectiva, ya indicada en antecedencia.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

De otra parte, viene de verse que los demandados llamaron en garantía a la Compañía Liberty Seguros S.A. y a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Mapfre Seguros, que fue convocado por Alfonso Yepes Porto, presentando como excepciones:

i) Respecto del asegurado: “Ausencia de culpa”, “Imposibilidad de imputación jurídica del hecho al doctor Alfonso Yepes Rubiano”; “Fuerza mayor”; “Pretensiones exorbitantes.

ii) respecto de la compañía de seguros, formuló las de “inexistencia de la obligación de pagar o reembolsar al llamante los perjuicios materiales, “aplicabilidad del deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil No. 2201307000475”, “Limite del valor asegurado pactado en la póliza de responsabilidad civil No. 221307000475”, “Terminación del contrato de seguro y pérdida del derecho a la indemnización a favor del asegurado”, “nulidad relativa del contrato de seguro celebrado y Compensación” y “excepción genérica”.

Liberty Seguros S.A., llamado en garantía por Yepes Restrepo & Cia S. en C. presentó como excepciones **“Inexistencia de la Obligación de Indemizar por ausencia de responsabilidad del asegurado,; “Límite de cobertura”;; “Ausencia de solidaridad”;; “Existencia de Coaseguro”,,; “Inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios morales,; “Deducible”, “Excepción innominada”**

Revisadas las pólizas allegadas, apreció la Sala delantadamente la improcedencia de condena en contra de las compañías aseguradoras.

Como bien lo expresó la apoderada de la Compañía Liberty Seguros S.A., al proponer su excepción “Inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios morales”, el artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, que trata la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, limita este último a los perjuicios patrimoniales. De esta manera, su inclusión, como elemento accidental del contrato, debe encontrarse expresamente pactada en el mismo, so pena de que el beneficiario, no obtenga su reembolso.

De esta manera lo ha dejado claro la jurisprudencia y la doctrina:

“...Esta contradicción entre la parte considerativa y la resolutive aparece evidente, pues, como es sabido, los perjuicios morales no hacen parte de los perjuicios patrimoniales amparados, dado que para que queden cubiertos se requiere pacto expreso entre el tomador del seguro y la aseguradora, y

aunque el juzgado aceptó en la providencia que ese pacto no existía, condenó a COLPATRIA a pagar dichos perjuicios.

La prueba del contrato de seguro que obra en el proceso y la aplicación recta de la ley, no dejan ninguna duda en torno a la improcedencia de la condena al pago de los perjuicios morales que el juez ad quem le impuso a la compañía aseguradora, si se tiene en cuenta que dicha obligación no se encuentra pactada en la póliza, tal y como lo afirmó el mismo despacho en el fallo.

Por esta razón, resulta contradictorio que el juez, a pesar de reconocer esta situación, pretenda construir una interpretación contraria a la ley para señalar que cuando los perjuicios morales no se encuentran expresamente excluidos, se entienden pactados, como si se tratara de un elemento natural del contrato, “lo cual constituye una interpretación que no sólo raya con lo absurdo, sino que también se torna completamente ilegal, contradictoria y ambivalente”.

Adicionalmente a ello se violó el debido proceso, por cuanto no sólo se condenó a seguros COLPATRIA al pago de los perjuicios morales, no obstante no estar amparados, sino que además se lo obliga a reconocer una indemnización por un monto superior al límite asegurado, en tanto se le ordenó cancelar el valor de 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la condena, sin tener en cuenta que el valor asegurado en la póliza corresponde al valor del salario mínimo vigente para la época del siniestro.

Bajo este entendido, necesariamente se concluye que COLPATRIA no estaba obligada a indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales causados a las víctimas, toda vez que el amparo del daño moral constituye una cláusula accidental del contrato de seguro de responsabilidad que requiere de pacto expreso, por lo que a falta de estipulación el asegurador sólo está obligado a responder por los perjuicios PATRIMONIALES, entre los que NO se cuenta el daño moral.

No obstante ello, el juzgado, contradiciendo lo probado en el proceso y su propia fundamentación, terminó precisando que “si bien esos perjuicios morales no son señalados expresamente en la póliza, tampoco se encuentran excluidos”, lo cual resulta contradictorio, porque a pesar de reconocer que en el contrato no se encontraba pactada tal cobertura, a continuación señala que en los eventos en que no ha sido estipulado expresamente, el amparo se entiende incluido, como si se tratara de un elemento natural del negocio.

Esta construcción argumentativa riñe con la fundamentación de la providencia y con la claridad de la ley, que en el artículo 1127 del Código de Comercio “define la cobertura de la indemnización del daño moral como un elemento accidental del contrato que ni esencial ni naturalmente se entiende pertenecerle, haciendo indispensable pacto expreso entre las partes para que se entienda incorporado al contrato”.⁷

De esta manera, habiendo sido condenados los demandados de manera solidaria, únicamente al pago de perjuicios morales, y no estando dicho daño dentro del amparo de la póliza, claramente las compañías aseguradoras deben ser excluidas de la orden de pago que más adelante se dictará."

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Providencia del 12 de septiembre de 1985, Sentencia de 10 de marzo de 1994, Sentencia de 5 de mayo de 1999, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Numeral 3 del artículo 3° del Decreto 1011 de 2006.

DEMANDANTE: Moisés Arévalo López y otros.

DEMANDADO: Alfonso Yepes Rubiano, Coomeva EPS y sociedad Yepes Restrepo y Cia.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 2 de 2009.

FECHA: 1° de marzo de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2007-0312-01/36680

DECISIÓN: Revoca parcialmente la sentencia.

RENDICIÓN DE CUENTAS PROVOCADA-Procendencia/CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN-Deber de los socios de rendir cuentas/CONSORCIO-El representante legal de una de las empresas consorciadas tiene el deber legal de rendir cuentas de su gestión ante los demás socios

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa Fáctica: En el presente caso, se solicita que la Representante Legal de una sociedad que hace parte de un consorcio rinda cuentas acerca de su gestión, inversión de patrimonio y beneficios recibidos por concepto de un contrato de concesión suscrito con una entidad territorial, frente a la cual ha ocultado información a los socios de la misma.

Extractos: “El proceso de rendición de cuentas provocada, plasmado en el artículo 418 del Código de procedimiento civil, tiene como finalidad, en primer lugar, determinar los ingresos y egresos de una actividad específica desarrollada por quien tiene obligación de gestionar actividades o negocios por otros, la cual previamente ha sido contraída mediante un acto jurídico (contrato, mandamiento judicial, disposición legal); y en Segundo lugar, busca establecer cuál de las dos partes, sea demandante o demandado, le debe a la otra, de acuerdo al “saldo” resultante de esa administración.

Así lo ha descrito de antaño la Corte Suprema de Justicia cuando, analizando este asunto, señala que el objeto del proceso de rendición de cuentas es “(...) *saber quién debe a quién y cuánto, cuál de las partes es acreedora y deudora, declarando un saldo a favor de una de ellas y a cargo de la otra, lo cual equivale a condenarla a pagar la suma deducida como saldo*”⁸.

El Código de Procedimiento Civil contempla dos modalidades para este proceso, una es la rendición provocada de cuentas, tendiente a obtener la rendición de cuentas de quien está obligado a rendirlas y no lo ha hecho; y la otra, llamada rendición espontánea de cuentas, destinada a que las cuentas de aquel que debe rendirlas, sean recibidas por quien ostenta tal derecho.

De lo anterior se desprende que para su efectividad es indispensable acreditar la legitimación para incoar el proceso y que el demandado esté obligado a rendir cuentas.

En el asunto de estudio de ésta Sala, hay que tener presente que el acto jurídico mediante el cual surge la facultad de gestionar negocios de otros, o en comunidad con otros (y por ende la obligación de rendir las cuentas de esa gestión), es decir, el acuerdo consorcial, se encuentra unido a una finalidad única y específica, la celebración y ejecución del contrato administrativo, que terminó llamándose “concesión N° 001 de 2003” celebrado con el Municipio de Barrancas de cuya ejecución es que se pretende obtener la rendición de cuentas {véase nota 9}.

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, abril 23 de 1912.

⁹ Folios 21-26 del cuaderno principal.

Parte el A Quo en sus consideraciones de lo expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la motivación de su Sentencia de 13 de septiembre de 2006 {véase nota¹⁰}, donde se expresa:

“Por ese motivo y porque el consorcio no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, **todos ellos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan favorecidos en la licitación o concurso, para obligarse directamente** y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros, con independencia, por supuesto, de que deban designar, por exigencia del mismo texto legal, “la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal”, pues lo que en realidad asume el designado es la dirección o coordinación del proyecto, lo mismo que la canalización de la actividad de los consorciados frente a la entidad pública contratante, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado, más no la representación legal del consorcio, que como tal, carece de personería, condición sin la cual no es susceptible de ser representado. Obrará entonces, como representante convencional de sus integrantes, en los términos del art. 832 del C. de Co., aplicable por la remisión a las normas mercantiles y civiles del caso que se hace en el art. 13 de la ley 80, cuyo radio de acción estará delimitado por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato con la entidad pública de que se trate.” (Resaltados de esta Sala de Decisión)

Para concluir que al no haber suscrito el representante legal de Telectricos Ltda. el documento contentivo del contrato de concesión 001 de 2003 celebrado con el Municipio de Barrancas, tal sociedad, aquí demandante, no es parte de ese contrato, no asumió en él ni obligaciones ni derechos y que por ello no puede exigir que se le rinda cuentas de las gestiones realizadas en el cumplimiento del mismo.

Premisa que no puede ser compartida y acatada por esta Corporación dado que la misma contradice el expreso tenor literal del primer inciso del artículo 6° de la Ley 80 de 1993, que señala, expresamente:

ARTÍCULO 6o. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. **También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.**

...

No tiene sentido que, -en forma adicional y especial a las atribuciones propias de “...las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”-, se expida una norma legal concreta y específica con el único objetivo de facultar, de reconocer capacidad legal, a un “consorcio” para que por sí mismo (a pesar de no ser una persona legalmente capaz) celebre un contrato administrativo, y, luego de ello, se llegue a la conclusión de que los únicos que pueden y deben suscribir las ofertas, propuestas y el mismo contrato administrativo efectuadas a nombre de ese consorcio deben ser necesariamente todas y

¹⁰ Expediente 88001-31-03-002-2002-00271-01 recurso de casación que interpuso Granbanco S.A. - Bancafé respecto de la sentencia del Tribunal Superior del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 24 de agosto de 2005, dentro del proceso ordinario entablado por el Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. - Dicon Ltda. contra el recurrente. M. P Jaime Alberto Arrubla Paucar

cada una de las personas consorciadas en él, ya sea directamente por ellos mismos o a través de un apoderado o mandatario que debe estar especialmente facultado para ello.

Para declarar la exequibilidad de esa expresión “**También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.**” la Corte Constitucional expresamente indicó, en su sentencia C-949 de 2001 {véase nota 11}

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituir las como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores).

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.¹⁴

No es la primera vez que esta Corporación tiene la oportunidad de pronunciarse respecto de una argumentación como la presentada en esta ocasión por el impugnante. En efecto, habiéndose censurado el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, por considerar que le otorgaba capacidad contractual a ciertas entidades que carecen de personería jurídica, la Corte fue enfática al expresar que siendo éste un atributo de naturaleza legal nada impedía que el legislador no lo tuviera en cuenta para efectos de regular lo concerniente a la capacidad para contratar.¹⁵

Concluyendo, esta Sala de decisión entonces que el sentido que se le debe dar a esos dos artículos de la “Ley de contratación administrativa” la referida ley 80 de 1993, es el siguiente: al artículo 6° le corresponde establecer el “**Quien tiene capacidad**” para celebrar por sí mismo, sin necesidad de intermediarios un contrato administrativo (en este caso, el consorcio) y al artículo 7° del mismo estatuto contractual, es el pertinente para señalar el “**Quienes asumen los derechos, obligaciones y responsabilidades** derivadas de la celebración de un contrato administrativo por parte del consorcio (sus integrantes o consorciados, en este caso Teleelectricos Ltda. y A.M.G. Asesorías y Servicios Ltda.)

En ese orden de ideas convenida la celebración de un acuerdo consorcial entre Teleelectricos Ltda y A.M.G. Asesorías y Servicios Ltda. definiéndose que el nombre del mismo sería “Consortio Barrancas Iluminado” y señalándose que “para todos sus efectos [sus integrantes] designan como su representante” a Julia Cepeda Visbal, todo ello para los exclusivos propósitos (cláusula primera) de presentar una propuesta al Municipio de

¹¹ Sentencia C-949- de 5 de septiembre de 2001, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. expediente D-3277

¹⁴ Sentencia C-414 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁵ Sent. C- 374 de 1994. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía

Barrancas, en los términos y condiciones allí señalados, debe necesariamente concluirse todo acto que celebrara la referida señora Julia Cepeda Visbal alegando ser la “representante” y actuar a nombre de ese “Consortio Barrancas Iluminado” vinculó a los dos consorciados (Teleelectricos Ltda y A.M.G. Asesorías y Servicios Ltda.) en todos los efectos correspondientes.

Por lo que, si el contrato de Concesión 001 de 2003 fue suscrito entre el Municipio de Barrancas y el Consortio Barrancas Iluminado ha de concluirse, sin distinción alguna, que sus efectos vinculan a Teleelectricos Ltda., por ser uno de los integrantes de dicho consorcio, por lo cual, en principio, tal persona jurídica tiene todo el derecho de preguntar a la señora Julia Cepeda Visbal cual fue la gestión realizada a nombre de tal consorcio.

Situación en la cual, los argumentos en los cuales se fundamentó la excepción llamada “Ausencia de Obligación de Rendir Cuentas”, en el sentido de que la sociedad demandante no participó en la ejecución de ese contrato no son suficientes para negar tal ordenación.

De tal forma que, al probarse la relación sustancial alegada por la parte actora para exigir la rendición de cuentas, lo que se impondría sería conceder sus pretensiones, empero no es pertinente el hacerlo en el sentido literal en que fueron redactadas estas, sino que debe adecuarse la orden correspondiente a la realidad negocial existente.

Si bien es viable el pactar participaciones contractuales en “común y proindiviso” entre varias personas, en este caso del 80% y 20% para cada uno de los consorciados, de ello NO resulta la posibilidad de ordenar a un administrador el que rinda cuentas en la misma proporción “común y proindiviso” sobre una quinta (1/5) parte de la ejecución contractual.

Lo viable en la vida real de los negocios y lo procesalmente procedente es el ordenar la rendición de cuentas de la totalidad de la gestión del administrador y luego de definir un resultado final, es que sobre de ese saldo, es decir de la totalidad de las ganancias o pérdidas, según el caso, es que se tendría en cuenta el porcentaje que de unas u otras le podría corresponder a la demandante, según las particularidades de la gestión realizada.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 418 del código de procedimiento civil, Sentencia Corte Suprema de Justicia, abril 23 de 1912, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de septiembre de 2006 M.P. Jaime Arrubla Paucar. Artículo 6° de la Ley 80 de 1993, Sentencia C-949 de 2001 Corte Constitucional.

DEMANDANTE: Teleelectricos Limitada

DEMANDADO: Julia Cepeda Visbal

FECHA: 1 de Abril de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2011-00069-01/ **37.111**

DECISIÓN: Revoca Decisión De Primera Instancia. Ordena rendir cuentas a representante legal

2. SALA LABORAL

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ-Reconocimiento a padre cabeza de familia en razón de la discapacidad de su hija/Procedencia/**CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA**-Reiteración Jurisprudencial/**TESTIMONIOS**-Su valoración permite inferir el trato y las relaciones familiares que profesan el cuidado a la menor discapacitada/**INTERESES DE MORA**- Reconocimiento a partir de la fecha en que se causa el derecho pensional

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

Causa fáctica: En el presente caso, se demanda la pensión especial de vejez por tener a cargo un hijo discapacitado, prestación que fue negada por el ISS y por la Juez A quo, por considerar que el padre no cumplía con los requisitos legales, como quiera que no todo el tiempo tuvo bajo su cuidado físico a su hija con discapacidad, argumentos que son rebatidos en la providencia que se extracta.

Extractos: “En el presente caso no es objeto de discusión la calidad de hija inválida del afiliado, ni que este reúne los requisitos de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, pues lo que ofrece reparo es la calidad de padre de familia del demandante y la dependencia económica de su hija inválida.

Por lo tanto, para sustentar la tesis planteada por la Sala debemos primeramente traer a colación cuales son los requisitos exigidos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, consagrados en el parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece:

“La “madre” trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo. (Negrilla fuera de texto) (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-227 de 2004](#)) (La expresión “madre” del inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante [Sentencia C-989 de 2006](#), en el entendido, que **el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.**)

De la anterior normativa, se infiere que su espíritu al emplear el término “dependiente”, está referido al aspecto económico, esto es, que la madre y/o el padre sea quien vele por la manutención de su hijo discapacitado, sin perjuicio del cuidado y afecto que debe brindarle.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia **C- 227 del 8 de Marzo de 2004**, M.P. Manuel Cepeda Espinosa, tuvo la oportunidad de referirse en los siguientes términos:

“(…)

Por otra parte, la dependencia del niño inválido con respecto a la madre debe ser de tipo económico. Es decir, el requisito de la dependencia con respecto a la madre no se satisface con la simple necesidad afectiva o psicológica del niño de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de su madre. No le cabe ninguna duda a esta Corporación que el apoyo de la madre es fundamental para los niños afectados por una discapacidad, pero para efectos de obtener el derecho a acceder a la pensión especial de vejez esta dependencia no es suficiente. Puesto que una de las metas esenciales del beneficio es la de facilitar la rehabilitación de los niños no es razonable que este proceso de recuperación se traumatice por el simple hecho de que el hijo llegue a la mayoría de edad. Si el fin de la norma es precisamente facilitar la rehabilitación del niño discapacitado, lo propio es que ese proceso de rehabilitación pueda continuar en el tiempo,

sin considerar la edad del hijo, hasta que éste pueda culminar su proceso e integrarse a la sociedad.

(...) <Subraya y negrilla fuera de texto>

Ahora bien, para una mejor comprensión de la decisión que se va a adoptar, se hace necesario reseñar la evolución legal y jurisprudencial que ha tenido el concepto de **“padre cabeza de familia”** en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Al respecto, la Corte Constitucional en varias sentencias, en la sentencia **T.093/09**, ha indicado:

“(.....) Por ello, inicialmente, el concepto de madre cabeza de familia se planteó inicialmente en la Ley 82 de 1993, la cual, en su artículo 2° lo definió y fijó medidas concretas de protección

“(...) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.”

Posteriormente el Decreto 190 de 2003 reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, señalando que la “madre cabeza de familia sin alternativa económica” se entiende como aquella “mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”.

3.3.2. La Corte ha considerado jurisprudencialmente que el concepto de miembro cabeza de familia podría ser igualmente aplicado al padre que se encuentre en similares circunstancias a la mujer, con base en el interés superior consagrado en el artículo 44 de la Carta Política respecto de los derechos fundamentales de los niños^[31].

La Corte en sentencia SU-389 de 2005^[32] unificó su jurisprudencia acerca de los requisitos y beneficios aplicables a los “padres cabeza de familia”.

En dicha providencia, la Corte manifestó que será tenido como padre cabeza de familia, no solo el que provea los recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos, sino aquél que demuestre ante las autoridades competentes, que cumplía con algunas de las condiciones que a continuación se enunciarán:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo^[33]”.^[34]

3.3.3. Si bien esta jurisprudencia analizó el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, norma relativa al especial apoyo que se le brindaría a la mujer cabeza de familia en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, en esa oportunidad la Corte también consideró la situación del hombre que tuviese a su cargo el cuidado de los hijos y actuase en ese evento como padre cabeza de familia.(.....)”
<Subraya y negrilla fuera de texto>

Descendiendo al caso sub examine, encontramos que en el desarrollo del proceso se recibieron los testimonios del señor Alberto Benavides Núñez y el de la señora Luz Elena Estrada Taborda, quienes en sus declaraciones manifestaron conocer al actor desde hace 15 años porque son vecinos del barrio, que les consta que el hogar está conformado por dos niñas y su esposa; en la casa del actor nadie trabaja, solo se rebusca por ahí “marañando”, esto es, que no tiene un trabajo oficial, sino haciendo los mandados, pintando en diciembre, o en albañilería, según los vecinos necesiten de su colaboración. Así mismo son coincidentes en afirmar que la esposa del actor no trabaja porque tiene una hija discapacitada desde su nacimiento, y en un principio era ella quien atendía a la jovencita, pero que en estos momentos, de unos años para acá, el actor se dedica al cuidado de la hija, porque su esposa no está en capacidad de hacerlo toda vez que ha presentado quebrantos de salud muy críticos, y además la jovencita se ha crecido, ha aumentado de peso, y por eso la señora ya prácticamente no puede con ella. También indicaron que las necesidades básicas de la joven tales como de alimentación y vivienda, como los demás recursos que necesite los satisface es el actor por ser cabeza de hogar.

Valorando los testimonios rendidos en el proceso encontramos que el actor sí logró acreditar que su hija discapacitada depende económicamente de él, quien es el que siempre ha respondido de forma exclusiva por sus necesidades básicas y las de su familia, inclusive sin tener un trabajo estable, y que desde hace unos años se dedica al cuidado de su hija, pues a pesar de vivir con su esposa quien en principio era la persona encargada de darle los cuidados, en la actualidad no puede atenderla debido a que también presenta quebrantos de salud, y que además la joven Katy Flórez Ruíz se ha crecido, lo que le impide a su madre ayudarla en todo lo que necesita, máxime cuando del dictamen médico laboral se observa que la discapacidad que padece su hija no le permite movilizarse por sí sola sino que necesita de la ayuda de un caminador por tener “atrofia muscular MMI, paraplejia MMI, ayuda para ABC, transportarse, no corre, no levanta peso”.

Por lo tanto, para la Sala el hecho de que el núcleo familiar del actor también esté conformado por su esposa y que ella se haya dedicado la mayoría del tiempo al cuidado de su hija no es óbice para descartar de plano la dependencia, pues resulta apenas lógico que la madre sea la persona que en principio se encargara de atención de su hija, quien padece tal discapacidad prácticamente desde su nacimiento lo cual requería de su presencia en el hogar, mientras que por su parte el esposo -aquí demandante - se dedicaba a trabajar para traer el sustento al hogar, y contrario a lo sostenido por el A-quo quedó acreditado que el actor desde hace varios años se viene dedicando también al cuidado de su hija, con lo cual

queda evidenciado que no solo provee la parte económica, sino también la afectiva y psicológica que se necesita.

(...)

Ahora bien, la Sala advierte con extrañeza que la Jueza negara la prestación solicitada al estimar que no encontró probada la dependencia económica de la hija con su padre, ni que éste tuviera la condición de padre de familia, siendo que en el trámite administrativo tales requisitos no estaban en discusión, pues la negativa del I.S.S. obedeció a que el señor Hernán Flórez Arroyo no se encontraba cotizado ni trabajando para la fecha en que presentó tal solicitud.

(...)

Como en el presente caso, la Jueza de primer grado absolvió al demandado del reconocimiento y pago de la pensión especial por vejez bajo el argumento errado de que el actor no era “padre cabeza de familia”, ni haber acreditado la dependencia de su hija, se impone revocar la sentencia apelada, para en su lugar conceder la prestación reclamada.

(...)

No obstante, como el demandado propuso oportunamente la excepción de prescripción, a continuación se pasará a analizar si frente a las mesadas pensionales operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Sabido es, que la prescripción es uno de los modos de extinción de los derechos por el no ejercicio de las acciones pertinentes dentro del plazo estipulado en la ley.

En materia laboral la prescripción común es de tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero es susceptible de interrupción extrajudicial por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, que genera desde su presentación un nuevo conteo de plazo legal (arts. 488 C.S. del T. y 151 del C.P.L), ó frente a entidades públicas mientras se agota la vía gubernativa.

Ahora bien, como el demandante solicitó la pensión especial de vejez el 4 de mayo de 2011, refulge con nitidez que la prescripción operó para las mesadas pensionales causadas del 4 de mayo de 2008 hacia atrás, por ende la Sala declarará parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Instituto de Seguros Sociales.

También se accederá a la condena por intereses moratorios contemplados en el art.141 de la ley 100 de 1.993, a partir de la fecha en que se generó la mora, dado que la obligación pensional se hace exigible, esto es cuando el beneficiario reúne los requisitos establecidos en la norma que la regula y eleva la solicitud respectiva ante la entidad encargada de su reconocimiento, fecha a partir de la cual surge la obligación de la entidad competente para definir el derecho reclamado y de ser así, cancelar las mesadas correspondientes.

(...)

Como en el caso sub examine, encontramos que según lo indica las resoluciones expedidas por el ISS, el demandante el día 4 de mayo de 2011 elevó solicitud de pensión especial de

vejez ante el ISS y que la demandada tenía la obligación de reconocerla y cancelarla en un término máximo de 4 meses, los intereses de mora se ordenarán a partir del 4 de septiembre de 2011.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 33 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, Artículo 488 C. S. del T., Artículo 151 del C.P.T.S.S., Artículo 4° de la Ley 700 de 2.001, Sentencias de la Corte Constitucional C-227/04, C-592/06, C-989/06, y T-093/09, Sentencia del 15 de agosto de 2006, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 27540.

FECHA: Marzo 20 de 2013

DEMANDANTE: Hernán Flórez Arroyo

DEMANDADO: Instituto De Seguros Sociales En Liquidación

RADICACIÓN: 08-001-31-05-011-2012-00172-01/ **48.646-A**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Condena al ISS. Declara probada parcialmente excepciones.

PENSIÓN DE VEJEZ ESPECIAL POR ALTO RIESGO-Requisitos en vigencia del Acuerdo 049 de 1990/**COTIZACIONES ESPECIALES**-Carga probatoria desplegada por el actor/**RETIRO ANTICIPADO**-Ante las especiales condiciones laborales el demandante debía retirarse una vez satisfechas las cotizaciones exigidas en la ley

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso se advierte por parte del Tribunal que no hay lugar a acceder al reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo, en cambio de la pensión de vejez simple, por cuanto el actor perdió dicho privilegio al seguir haciendo cotizaciones, después de los 60 años de edad, por cuanto legalmente para el reconocimiento de la prestación debe tenerse en cuenta hasta la última cotización efectuada, situación que debía advertir el Juez A quo, quien detuvo su estudio en el fenómeno de la prescripción.

Extractos: “Sea lo primero en indicar, antes de adentrarnos al estudio del derecho pretendido, que no está en discusión -pues no fue motivo de inconformismo del recurrente y la aquo así lo expuso- que en la empresa empleadora, ROHM AND HASS COLOMBIA LTDA, se desarrollan actividades de alto riesgo, la exposición del actor en el ejercicio de dichas actividades, el manejo de sustancias clasificadas de alto riesgo y el pago del aporte adicional del 6% por parte de aquella, por lo menos entre julio a diciembre de 1994, situaciones que igualmente se describen en las documentales a folios 11 y 12, 16 a 73, 85 a 98, 111 y 112 del expediente¹².

Pues bien, el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, instituyó la pensión de vejez especial para ciertas categorías de empleados cuyos oficios que realizaban se caracterizaban por ser actividades de alto riesgo dada su peligrosidad, hasta el punto de poner en riesgo su salud u ocasionarle un desgaste orgánico prematuro.

En igual sentido el Decreto 1281 de 1994, reglamentó este tipo de prestaciones estableciendo en su artículo 8° -ibídem- un régimen de transición al igual que sucede con el consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que respetaron tres aspectos: la

¹² Asimismo, a folios 114 a 135, obran documentos emanados del ISS en el que se expone la situación médica de un ex trabajador de la empresa empleadora con padecimiento de cáncer, adquirido por las diferentes actividades desarrolladas en ella, que igualmente, alega, las ejerció el actor

edad para acceder a la prestación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto porcentual de la pensión.

Descendiendo al particular, como es sabido el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional –así se consignó en el acto administrativo del ISS- por contar con un poco más de 55 años de edad al 23 de junio de 1994, cuando entró a regir el Decreto 1281 de igual año, y más de 15 años de servicios cotizados comprendidos entre el 01 de febrero de 1969 hasta su entrada en rigor, teniendo como único empleador la empresa ROHM AND HASS COLOMBIA LTDA¹³. Luego entonces, como al actor le asiste el derecho a que se le respete la edad para acceder a la pensión de vejez especial, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de dicha pensión estipulado en el régimen anterior, se le aplica lo consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, en cuyo artículo 15 se señaló los requisitos mínimos para acceder a las pensiones de vejez especiales, el cual no permitimos citar:

“La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirá en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes, y
- d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas....”.

Como no se discute la exposición del actor en actividades de alto riesgo, abordaremos el tema de las cotizaciones especiales para las mismas.

Viene acreditado en el plenario que cotizó un total de 1.586,57 semanas, entre el 01 de febrero de 1969 a 31 de julio de 1999 –véase folios 138 y 140-, de las cuales 1.326,41 fueron cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994. Igualmente, que la empresa empleadora pagó el aporte adicional del 6% del actor solo –es lo probado en el proceso- durante los ciclos de julio a diciembre de 1994 –véase fls. 87 a 96-.

Ahora, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994, indica que “El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más seis (6) puntos adicionales a cargo del empleador” (énfasis propio), por lo tanto, tal como se enseña en él, la obligación no radica en cabeza del trabajador sino que la carga de su pago permanece a cargo del empleador, y es a la administradora, como entidad encargada de reconocer el derecho, quien debe a su vez exigir el pago pertinente. Entonces, si el empleador no cubre a tiempo la cotización adicional, tal proceder no puede perjudicar al afiliado y, por lo tanto, la administradora que cubre el riesgo deberá asumir la obligación de reconocer el derecho pensional, subsistiendo entre ellos (patrono e ISS) la deuda por ese concepto. Y es que así lo hizo saber la Corte Suprema de Justicia cuando trato el tema¹⁴. Así las cosas, es factible sumarlas todas para calcular la pensión que se deprecia.

¹³ Fls 137-140, reporte de semanas cotizadas

¹⁴ Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Sala Cesación Laboral: rad. 30830, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Teniendo claro que la norma contempla que se debe reunir un mínimo de 750 cotizaciones en la misma actividad, en el sub lite se satisfacen a plenitud. Entonces, haciendo las operaciones de rigor le resultan 836,57 semanas adicionales a las primeras 750, las que le otorgaban el derecho a pensionarse con la especial de vejez mucho antes de los 60 años para el caso de las pensiones de vejez simple, es decir, se reduce un (1) año de edad por cada 50 semanas adicionales a aquellas, y como el mencionado Decreto 1281/94 limita la disminución de la edad hasta los 50 años, una vez llegados estos, debió efectuar el cálculo para establecer con cuántas semanas contaba, adicionales a las primeras 750, y así saber a qué edad se podría pensionar anticipadamente.

Pero acontece que el actor continuó cotizando hasta el 31 de julio de 1999, por lo que a efectos de reconocimiento de la prestación se ha de tener en cuenta hasta la última cotización o retiro definitivo del sistema, así lo señala el artículo 13 del plurimencionado Acuerdo 049 de 1990.

En asuntos de similares características a éste se ha venido pronunciando en varios fallos la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al expresar que cuando el afiliado ha continuado aportando al Sistema General de Pensiones, una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización. Así lo consignó en sentencias del 18 de septiembre de 2003, radicación 20.130, que reitera las de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, y 22 de julio de 2003, radicación 19794.

De tal manera que si la última semana cotizada se efectuó el 31 de julio del año 1999, es a partir del 01 de agosto de ese año que se causó el derecho a la pensión, no obstante la demandada le reconoció a partir del 01 de junio de igual calenda. Dichos en otras palabras, si el actor acumulaba, además de las primeras 750 semanas, un número importante de aportes, una vez efectuadas la disminución del año (1) por cada 50 semanas de las cotizadas en demasía, debió retirarse definitivamente del sistema, puesto que el fin de las pensiones de vejez especiales, ante la peligrosidad que representa la exposición a actividades riesgosas, es que el trabajador tenga la oportunidad de un retiro anticipado de su actividad laboral y así obtener la pensión de vejez especial frente a los requisitos exigidos para las pensiones de vejez simples, de ahí las cotizaciones adicionales en cabeza del empleador, y no como se ha querido interpretar al considerarse que el monto de ellas es superior –en virtud de la cotización adicional- al liquidado en las pensiones de vejez simples.”

FUENTE NORMATIVA: Acuerdo 049 de 1990, artículo 13 y 15, aprobado por el Decreto 758 de igual data, Artículos 36 y 141 de la ley 100 de 1993, Decreto 1281 de 1994. Artículo 8° ibidem., en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Sala Casación Laboral, rad. 30830, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, Sentencias del 18 de septiembre de 2003, radicación 20.130 y que reitera las de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, y 22 de julio de 2003, radicación 19794, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

FECHA: Marzo 20 de 2013

DEMANDANTE: Rafael Eduardo Molinares Meza

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales en Liquidación

RADICACIÓN: 08-001-31-05-002-2012-00280-01/ **48401**

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia.

INEFICACIA DE CLAUSULA CONTENIDA EN ACUERDO COLECTIVO - Inconstitucionalidad sobreviniente/**NULIDAD ABSOLUTA**-Afecta acuerdo convencional que contraviene la Carta Política/ **PENSION DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL**-Tienen derecho a ésta prestación los trabajadores que hubieran cumplido los requisitos estipulados en este documento.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Causa fáctica: En el caso sub-examine correspondió determinar si hay lugar declarar la ineficacia e inaplicabilidad del artículo 51 del Acta de Acuerdo del 18 de Septiembre de 2003, como lo determinó la jueza a quo o en su defecto la nulidad de los apartes pertinentes de dicha norma según lo indicó el actor, y consecuentemente satisfacer las demás pretensiones del libelo referidas al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al actor en la fecha indicada por éste, reajustes convencionales y demás pedimentos incoados.

Extractos: “El artículo 51 del acuerdo Colectivo fechado 18 de Septiembre de 2003 memorado, establece:

“A partir del 1 de enero del 2004, la empresa pensionará a sus trabajadores en las condiciones establecidas en las convenciones colectivas de trabajo de cada distrito, teniendo en cuenta las siguientes modificaciones:

- *Aumento en años de servicio.*

La fecha en que se cumplirían los requisitos para acceder a la pensión se incrementa respecto de la prevista en los regímenes convencionales existentes en los Distritos en la siguiente forma:

| BOLIVAR | | |
|---|--------------------|--------------------------------|
| Fecha en que se Cumplirían los requisitos | | Incremento en Años de Servicio |
| Hasta | | |
| 1/Ene/2004 | 31/Dic/2004 | 1 |
| 1/Ene/2005 | 31/Dic/2005 | 2 |
| 1/Ene/2006 | 31/Dic./2006 | 3 |
| 1/Ene/2007 | 31/Dic./2007 | 3 |
| 1/Ene/2008 | 31/Dic./2008 | 3 |
| 1/Ene/2009 | 31/Dic./2009 | 3 |
| 1/Ene/2010 | 31/Dic./2010 | 3 |
| 1/Ene/2011 | 31/Dic./2011 | 3 |
| 1/Ene/2012 | 31/Dic./2012 | 3 |
| 1/Ene/2013 | 31/Dic./2013 | 3 |
| 1/Ene/2013 | En adelante | 4 |

(...)

• *Al personal vinculado a la empresa antes del 1 de enero de 1997, y que como consecuencia de la ampliación de la fecha convencional prevista para pensionarse, y de la vigencia y eventual aplicación de la Reforma convencional en el año 2008 en materia de pensiones como consecuencia de la Ley de Referendo del año 2003, no pueda ejercer el derecho, que habría tenido sin dicha ampliación de la fecha convencional prevista para pensionarse, podrá ejercer el derecho a pensionarse durante el mes de Diciembre del año 2007. (...)*”

Sobre la Eficacia del Artículo 51 del Acuerdo Colectivo del 18 de Septiembre de 2003 la H. Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de Sent, Julio 19 de 1982¹⁵, sostuvo:

“La convención colectiva tiene las características de que tratan los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo y debe llenar las exigencias de solemnidad y formalidad previstas en el artículo 469 de esa misma obra. Pero eso no impide que los patronos y las asociaciones de trabajadores puedan celebrar acuerdos y convenios, que no están revestidos de la solemnidad de la convención colectiva, mediante simples actas de conciliación, que pueden aclarar aspectos oscuros o deficientes de las normas consuetudinarias o convencionales en las cuales se han fijado las condiciones regulantes de los contratos individuales de trabajo.

Esos acuerdos pueden tener plena validez al tenor del artículo 1602 del Código Civil y producen efectos para las partes, pues se consideran igualmente entre las fuentes de las obligaciones de conformidad con el artículo 1494 del mismo código. Y están regidos igualmente por el principio de la buena fe, debiendo las partes cumplirlos, no sólo en lo que tales acuerdos expresan, sino también en todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación que ellos generan, o que por ley pertenezcan a ella. “¹⁶

(...)

Esclarecido lo anterior, resulta de una claridad diáfana que la convención jurídica verdadera querida y acordada por las partes al estipular la cláusula 51 del Acuerdo Colectivo memorado, objeto nuclear del presente litigio, es de un tenor que no admite duda alguna, sobre todo, en nuestro sentir se encuentra edificada en el propósito de aumentar el tiempo de servicios para efectos de contabilizarlos para tener derecho a la pensión convencional prevista en los regímenes convencionales existentes en los distritos del Atlántico y otros pertenecientes a la sociedad demandada y así se señaló de manera explícita en ese acuerdo colectivo.

Al analizarla bajo esta perspectiva y al obligarse mutuamente las partes por ese lazo jurídico, esa cláusula, con la expedición del Acto Legislativo, quedó desquiciada en su estructura y de manera angular en el punto eje primordial o subordinante que lo constituye el señalamiento del plazo que se fijó y la certeza en el suceso futuro para el real cumplimiento de las obligaciones pactadas, según lo establecido en el artículo 1.551 del C. C., por ello, tal como se concibió la norma acuerdal del artículo 51 ibídem, materia de nulidad se estima que está afectada por un vicio ostensible y protuberante por sobrevenir un hecho físicamente y moralmente imposible prohibido por la ley, el cual trae consigo que

¹⁵ Citada en sentencia del 28 de septiembre de 2012 Sala tercera de decisión laboral dentro del expediente radicado 46863 A MP Dr José de Jesús López Álvarez

¹⁶ Ibid.

el objeto de la prestación es ilícito, se encuadra esta situación al tenor literal de los artículos 1.518 y 1.519 del C. C.

Aunado a lo anterior, se adviene otra circunstancia de mayor raigambre por la imposibilidad legal de cumplirse lo acordado en la cláusula censurada de nulidad, en atención al acaecimiento de un suceso sobreviniente que genera sustraer del ámbito de la negociación colectiva laboral cualquier asunto ligado de manera directa e inescindible a los regímenes pensionales y así se infiere de manera expresa de los parágrafos 2° y transitorio 3°, del Acto Legislativo No. 1° de 2005, y son del siguiente tenor :

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

Es preciso destacar la posición jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al interpretar el sentido y alcance del Acto Legislativo No. 1 de 2005, con respecto a este tópico dijo:

"Ahora importa anotar, que con la nueva redacción del artículo 48 de la Constitución Política que le imprimió el Acto Legislativo N° 1 de 2005, por voluntad del constituyente a partir de su vigencia, no es posible por pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones. Esto se traduce en que desde la perspectiva constitucional en adelante, no se pueden consentir mecanismos que desarticulen el sistema o alteren la uniformidad de prestaciones frente a un grupo particular de ciudadanos, lo cual no afecta el derecho constitucional de negociación colectiva sino que redefine el ámbito que le es propio, el de las condiciones generales de trabajo, del cual se sustrae las prerrogativas pensionales que quedan bajo el alero de la seguridad social." (Exp. 37.931. M.P. Eduardo López Villegas 16 Junio de 2010).

En síntesis, las obligaciones contenidas en lo estipulado en la cláusula nulitada se encuentran prohibidas por el memorado Acto Legislativo y subyace que la cláusula censurada lesiona los intereses del orden público, sencillamente porque es contraria a la norma de normas tal como lo contempla el canon constitucional del artículo 4° de la Carta Política y ésta norma superior debe atenderse con preferencia, más aún, porque está inspirada en el interés general que prima ante el individual de las personas y, además, por ser norma de orden público, de suyo es de efecto inmediato. En ese orden de ideas, llegamos a la conclusión que existen razones suficientes para declarar la nulidad absoluta del segmento atacado del artículo 51 del Acuerdo Colectivo adiado 18 de septiembre de 2003, objeto central del litigio, lo anterior, en aplicación a lo previsto en los artículos 1.740 y 1.741 del C. C.

Así las cosas, al encontrarse afectada de nulidad absoluta la cláusula a que nos hemos venido refiriendo, esta declaración judicial de nulidad según el sentido y alcance del artículo 1.746 del C. C., produce efectos jurídicos de carácter retroactivo por conferirle a

las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Finalmente, en relación con la excepción de compensación, de conformidad con la cláusula que regula el complemento de compensación se condicionó el derecho a la aplicación del régimen de pensión prevista en la ley 100 de 1993, el cual se pactó de la siguiente manera:

“... salvo que por sentencia judicial en firme se ordene la restitución y reconocimiento a dicho personal del régimen convencional de pensiones de jubilación previsto antes del 18 de septiembre de 2003” (Negrilla fuera del texto).

En este orden de ideas, se advierte que en este caso particular se pactó la cláusula creando un complemento de compensación, acorde con el Acuerdo de septiembre 18 de 2003 y, como consecuencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, se permea sin lugar a duda que lo pactado acaeció en data posterior y que esta no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte una cláusula estructurada por un objeto ilícito, además, así lo prohíbe el artículo 1.525 del C.C. que es del siguiente tenor: **“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”**, todo lo anterior permite concluir que al encontrarse probada la nulidad absoluta del segmento de la cláusula 51 ejusdem, por lo tanto, no es atendible la postura de la defensa de la sociedad demandada al descorrer el traslado de la demanda.

De otro lado, cabe precisar que al declararse nula la cláusula acuerdal referida, dimana sin lugar a dudas que ésta no produce ninguna obligación por ser ineficaz, y así las partes lo precaven ante el acaecimiento de una eventual nulidad al incorporar al pluricitado acuerdo la cláusula 5° que es del siguiente tenor:

*“Vinculación a la totalidad- El presente acuerdo cuyo contenido sustituye, en las materias reguladas por el mismo, a las que sobre la misma materia estén reguladas en los respectivos regímenes convencionales existentes en cada Distrito y constituye respecto de su contenido (del Acuerdo), un todo indivisible que debe ser aplicado en su integridad, **por lo que quedaría sin eficacia, el Acuerdo, si fuese declarada nula alguna de sus partes. En tal evento se aplicará lo dispuesto en el Acuerdo de Agosto del 2001 y en los regímenes señalados anteriormente existentes en cada Distrito.**”* (Negrilla fuera del texto).

En la normativa transcrita, se estipula de manera expresa las consecuencias que trae consigo la declaratoria de nulidad de alguna de sus partes del acuerdo y al cumplirse este evento señala la aplicación de lo previsto en el Acuerdo de agosto de 2001 y en los regímenes anteriormente existentes en cada distrito, con obviada, recobran vigencia los beneficios convencionales que venían gozando con anterioridad cada uno de los demandantes, vale decir, se retrotraen al estado en que se hallarían si no hubiese existido la cláusula declarada de nulidad absoluta, es de colegir que los demandantes recobran los beneficios del régimen de pensiones previsto en la convención colectiva de trabajo vigente para el periodo 1° de agosto de 1985 hasta el 31 de agosto de 1987 y, demás normas convencionales que le sean favorables. Lo anterior bajo el entendido que las normas que regulan el régimen de pensiones consagrados en las convenciones colectivas de trabajo, tienen una vigencia temporaria y pierden en forma definitiva su vigencia el 31 de julio de 2010, lo precedente en cumplimiento del mandato expreso del Acto Legislativo No. 1 de 2005. Así las cosas, como consecuencia de lo anterior, se impone la revocatoria de la

sentencia materia de esta alzada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones principales formuladas en el libelo de la demanda.

Aunado a ello, es preciso indicar que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral sobre el particular ha trazado la tesis jurisprudencial según la cual las disposiciones contenidas en las Convenciones Colectivas de trabajo, solo podrán ser modificadas a través de un acto de la misma naturaleza, ya sea que se trate de otra convención colectiva, un laudo arbitral o del mecanismo de la revisión. En efecto, en sentencia del 20 de Junio de 1994, M.P Jorge Iván Palacio Palacio, la Corporación esbozó:

"Además considera el censor que el "acta adicional aclaratoria" "no podía aclarar una estipulación que nada de oscuro o equívoco tiene, sino lo que hace es pretender modificar en sus alcances el texto convencional.

Y tiene razón el impugnante, la cláusula 2. del capítulo 6. de la Convención Colectiva suscrita el 28 de enero de 1981 es clara y por lo tanto la denominada "acta adicional aclaratoria" no se propuso hacerla más inteligible sino que su propósito fue el de modificarla lo cual es inadmisibles jurídicamente por ese medio puesto que ya había sido suscrita por las partes y debidamente depositada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tal y como lo ordena el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo; así perfeccionada su vigencia se hizo realidad convirtiéndola en ley para las partes, de imperativo cumplimiento mientras no fuere anulada, irreversible desde el punto de vista jurídico y sólo modificable a través de otra convención colectiva con el lleno de todos los requisitos legales o mediante laudo arbitral, o por el mecanismo de la revisión consagrado en el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo. (Subraya la Sala)

Así las cosas, resulta indefectible concluir que el contenido del artículo 51 del Acuerdo del 18 de Septiembre de 2003, cuyo régimen cobija al trabajador, y en cuya virtud se aumentó el tiempo de servicios requeridos para acceder a la pensión de jubilación convencional, está afectado de invalidez, por cuanto los mecanismos empleados para modificar lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo no se ajustaron a los preceptos legales sobre la materia, razón por la cual estima este Cuerpo Colegiado debe entonces otorgarse la pensión de jubilación al demandante de conformidad a lo consagrado en el régimen convencional que es aplicable en la empresa demandada, y a partir del momento en que cumpla los requisitos establecidos en él."

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de Julio 19 de 1982, Artículos 1518, 1519, 1551, 1740 y 1746 del Código Civil, Acto legislativo No. 1 de 2005.

FECHA: Marzo 15 de 2013

DEMANDANTE: Álvaro Pereira Montalvo

DEMANDADO: Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

RADICACIÓN: 45288 A

DECISIÓN: Confirma numeral 1°. Revoca numeral 2° y concede pensión convencional.

3. SALA PENAL

ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS-Materialidad de la conducta/**ACERVO PROBATORIO**-De las documentales se infiere que el procesado no pudo cometer el delito que se le imputa/**DENUNCIA**-La realizada por el padre fue motivada por animadversión y motivos pasionales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso se estudia el recurso de apelación de la defensa quien alega que el inculpado no cometió la conducta, y que la declaración rendida por las menores, presuntas víctimas, no corresponde con el dictamen médico legal que señala que no hubo desfloramiento.

Extractos: “La Colegiatura resalta que en este proceso existe como prueba de cargos con: (i) la denuncia; (ii) los testimonios de las presuntas menores víctimas; (iii) los dictámenes médicos legales practicados a las niñas y (iv) la declaración de la madre de las niñas.

62.2. Así pues se observa que en la denuncia el padre de las menores señaló que el procesado Euclides Segundo Anaya Acosta realizó actos sexuales en dos de sus menores hijas, porque éste presuntamente les bajaba el pantalón, metiéndoles el dedo y el miembro viril por las partes, amenazándolas con revolver.

6.2.3. Por su parte, las menores rindieron sus declaraciones de la siguiente manera:

La menor xxxxxxxxxxxx en su declaración sostuvo que:

“...El señor Euclides me bajaba el pantalón y **me había metido el dedo en la vulva, me metía el pene allá abajo** y si yo no me dejaba me amenazaba con un revolver que me iba a meter un tiro”. (Folio 11 C.O de Fiscalía.) (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, la niña xxxxxxxxxxxx en su declaración manifestó que:

“...Mi padrastro me dijo vamos a mi apartamento a lavar una ropa, y el me cogió por los pelos y me metió a un taxi, en el apartamento **me abrió las piernas y me metió el pipi en el chocho**, después nos fuimos para la casa propia de mi mamá”. (Folio 8 C.O de Fiscalía.).

6.2.4. La Sala observa que en el dictamen médico legal practicado a la menor xxxxxxxxxxxx se señaló que:

“Lesiones: no existen huellas externas de lesión reciente que permitan fundamentar una incapacidad médico legal, genitales externos: infantiles normo configurados. Himen: anular integro no dilatado, lo cual indica que no hay desfloración al momento del examen. Ano y región peri anal: de tono y forma normal, sin lesiones a ese nivel, al momento del examen no hay signos clínicos de contaminación venérea ingesta de psicofármacos, embarazo ni alteración Psíquica. Conclusión: paciente de doce quien dice haber sido manipulada (manoseo con las manos y el miembro viril), por su padrastro, el examen del área genital: Himen: Anular integro no dilatado, lo cual indica que no ha sido deflorada ano región perianal: de tono y forma normal, sin lesiones a ese nivel, se entrega el protocolo de manejo a víctimas de delitos sexuales”. (Folio 22 C.O de Fiscalía.).

Por otro lado, el examen médico legal practicado a la menor xxxxxxxxxxxx:

“CONCLUSIONES: 1- genitales externos (clitoris, capuchón de clitoris, meato urinario, labios mayores, labios menores y horquilla vulvar), son de aspecto normal. 2- himen anular, integro, no dilatado; lo cual indica que no hay desfloración en este momento. 3 -ano normo tónico sin desgarró. 4- región peri anal aspecto norma”. (Folio 19 C.O. de Fiscalía).

6.2.5. A su turno, la madre de las presuntas menores víctimas, declaró en audiencia pública y sostuvo que:

“...Yo les dije que por qué habían denunciado a Euclides si él nunca tuvo contacto con ellas, él me llamaba por teléfono y yo iba al sitio donde el estaba más nunca lo llevé a mi casa hasta cuando nos unimos a vivir, y ellas **me comentaron que el papá les dijo ustedes van a decir esto pero no van a perjudicar a su mamá en nada, vamos a quitarle ese tipo de encima a su mamá**, fue lo que me dijeron mis hijas...” (Folio 148 C.O. del Juzgado). (Negrillas fuera de texto).

Análisis probatorio

Enunciadas y descritas las pruebas obrantes en la foliatura, la Judicatura realiza un examen de cada una de ellas, encontrándose lo siguiente:

6.3.1. De las pericias practicadas a las presuntas víctimas se colige que no hubo penetración alguna, no obstante, en el caso *subexamine* tal como se señaló en líneas anteriores, se debe tener en cuenta que el ciudadano Euclides Anaya Acosta, fue acusado por el punible de actos sexuales con menor de catorce años.

No obstante, ha sido necesario analizar los dictámenes periciales, a fin de confrontarlos con las declaraciones de las dos menores, pues aunque en varios casos se presenten actos sexuales sin lesiones en el *subjudice* la Sala no observa prueba que lleve a la certeza de la conducta de actos sexuales con menor de 14 años.

Así las cosas, las declaraciones de las presuntas menores víctimas no coinciden con los exámenes médicos legales practicados en ellas, debido a que las declarantes sostuvieron que el procesado “*metió el pene allá abajo*” “*metió el pipi en el chocho*”, y sin embargo, las experticias que les fueron practicados no indican penetración alguna.

Además de lo anterior, esta Corporación resalta que si se produce la introducción del pene, cuando este tiene lugar por primera vez, (tal como lo manifestaron las menores), siempre se producen lesiones aun con el uso de lubricantes, a modo de edema, aunado a que en las niñas de 6 a 11 años, la penetración de un pene de un adulto provoca invariablemente la rotura del periné o del tabique recto-vaginal¹⁷.

Además el himen es una membrana constituida por un epitelio plano poliestratificado, carente o con muy escasas fibras elásticas, lo que explica su frecuente desgarramiento cuando es distendido, es lo usual que cuando el himen es distendido, se desgarran, apareciendo los bordes desgarrados.

En base a lo anterior y pese a que Anaya Acosta fue acusado de realizar actos diversos al acceso en las menores, no se puede dejar de lado, que las declaraciones de las presuntas víctimas riñen con lo estipulado en los dictámenes médicos legales, por cuanto éstos determinan que las niñas no tienen ninguna evidencia o señal de haber sido maniobradas sexualmente en sus órganos genitales, como por ejemplo, eritemas, inflamaciones, enrojecimientos, etc. por lo tanto, al no darse **armonía probatoria**, la declaración de las niñas se queda sin respaldo, debido a que no ofrecen certeza en sus dichos.

Siendo así lo anterior y en vista que las declaraciones de las menores se queda sin respaldo probatorio, en el paginario no existe entonces prueba que lleve a la certeza que el encartado

¹⁷ Juan de Dios Casas Sánchez y María Soledad Rodríguez Albarrán, Manual de Medicina Legal y Forense, Tomo II, pág. 1155.

haya realizado actos sexuales en las menores, delante de ellas, las haya inducido o practicado a través de medios virtuales como lo establece la norma mencionada en líneas anteriores.

Además que los testimonios de las menores se contraponen con los dictámenes de Medicina legal, también son contrarios a la declaración de su progenitora, quien en vista pública dejó claro los problemas que se llevaban dentro de esa familia, infiriéndose de allí, que aunque las menores declararon en contra del procesado, lo hicieron obedeciendo a su padre, debido a la situación familiar presentada.

Así pues, del acervo probatorio no se infiere con certeza la comisión de actos sexuales por parte del indiciado con las presuntas menores víctimas, y de ahí que tampoco surja la responsabilidad del inculpaado.

Además de lo anterior, no se debe descartar que la psicología, en esta clase de ilícitos, enseña que el adulto, por lo general, manipula la relación de confianza y afecto y la dependencia de la niña, incitándola a la participación de actos abusivos que él presenta como un juego o comportamientos **normales** haciendo participar a la niña en esta interacción, generando en muchos casos sentimientos de responsabilidad y culpa en los niños y al mismo tiempo, el adulto emplea una serie de mecanismos para mantener esta interacción en secreto, utilizando la amenaza, la mentira, la culpabilización, el chantaje y la manipulación psicológica.

De acuerdo a lo anterior, de las pruebas obrantes en el paginario no se colige que el procesado haya ejercido en las menores actos sexuales diversos al acceso, ni mucho menos accesos, debido a que el encartado no convivía con las menores, pues si bien tenía una relación sentimental con la madre de las niñas, nunca convivió con estas, aunado a que del acervo probatorio se infiere claramente los problemas que existían entre la madre y el padre de las menores por dicha relación amorosa, tal como lo afirmó el inculpaado en su indagatoria y la ciudadana Adriana Ortega Lodoño durante la vista pública.

(...)

Todo lo anterior para concluir que la familia que formó el padre de las menores no logró la funcionalidad necesaria y se convirtió en una familia disfuncional, con toda clase de ofensas, odios, maltratos físicos y psicológicos, al punto que el padre de las menores las conminara a declarar en contra de la nueva pareja de su madre, tal como lo sostuvo el inculpaado durante su indagatoria y la madre de las menores durante la audiencia pública, al sostener que el señor Miguel Martínez se llevó a la niñas en contra de su voluntad y que por mucho tiempo lo localizó para saber dónde vivía sin lograr su paradero.

En este contexto factico, probatorio y jurídico la Colegiatura llega a las siguientes conclusiones: (i) el análisis crítico a los testimonios de las menores víctimas, no suministran la suficiente certeza o credibilidad de la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado; (ii) la denuncia formulada por el padre de las niñas se trató de una animadversión en contra del sindicado y por motivos pasionales; (iii) las declaraciones de las niñas se contraponen al dictamen médico legal.

De esta manera la Sala considera que dentro del plenario no existe suficiente información probatoria para condenar y en virtud a que en las actuaciones penales toda duda debe

resolverse en favor del procesado – Art. 7 C.P.P. -, se revocará el fallo condenatorio y en su lugar se absolverá al enjuiciado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 209 del Código Penal, artículo 33 de la Ley 679 de 2001, Artículo 7 Código de Procedimiento Penal.

PROCESADO: Euclides Anaya Acosta

FECHA: Abril 8 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00023-P-MC.

DECISIÓN: Revoca integralmente la sentencia de primera instancia.

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE-Materialidad de la conducta/**CARACTERÍSTICAS**-Según la jurisprudencia penal/**TIPICIDAD**-Diferencias con el peculado por apropiación/**LIBERTAD PROBATORIA**-Principio establecido en la Ley 600 de 2000/**ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO SOBRE BIENES DEL ESTADO**-Define el delito de peculado por apropiación

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, el actor actuaba como Director de la UMATA en un municipio, quien no pudo dar explicaciones acerca del destino e inversión de los dineros públicos que tenía bajo su custodia, disposición y tenencia.

Extractos: “5.2. De los tipos penales que le fueron acusados a Denis Danilo Ayala Villalba:

Igualmente el libelista sostuvo en su alzada que el a quo incurrió en una incongruencia argumentativa, porque según su postura, los mismos argumentos que sirvieron de base al Juzgador para absolver a su representado del punible de peculado por aplicación oficial diferente, llevan a inferir la absolución del delito de peculado por apropiación.

Por lo tanto, es necesario estudiar los tipos penales que fueron acusados al encartado, para determinar sus diferencias:

(i) Del peculado por apropiación

El artículo 397 del Código Penal enseña:

“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 haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término...”.

Ahora bien, el **peculado por apropiación** 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 doctrina¹⁸, resulta imperioso que para hablar de peculado es necesario que se reúnan los siguientes elementos adicionales:

- 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.

Ahora bien, el servidor que incurre en el peculado por apropiación puede hacerlo en diferentes modalidades por lo que se trata de un delito de **forma libre** (en términos de Carnelutti). Empero, la Ley precisa que el verbo rector de la conducta es el de **apropiarse** que implica el comportamiento de señor y dueño por parte del sujeto agente sobre los bienes del Estado, que implique una retención efectiva sobre estos.

Además, tal comportamiento debe tener un elemento subjetivo claro: el provecho (a favor del propio funcionario o de un tercero). Se entiende este concepto así:

“provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin importar su naturaleza, oportunidad ni proporciones”.¹⁹

Aunado a lo anterior, el provecho no solo puede ser a favor del mismo funcionario sino que el artículo 397 establece que también se comete peculado por apropiación cuando aquél dispone el erario a favor de un tercero, postura normativa que no hace más que corroborar el criterio que la jurisprudencia ha decantado de vieja data, incluso desde la vigencia del antiguo régimen de contratación pública y del Código Penal de 1980. Al respecto, en

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

19 PÉREZ, Luis Carlos; Op. Cit. Página 230.

sentencia del 17 de agosto de 1989 (ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), la Corte Suprema de Justicia apuntó que:

“tal comportamiento corresponde, entonces, ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar que en esa acción no consiguió la acusada beneficio alguno, cuando la norma prevé la alternativa aquí cumplida de que la apropiación ocurra no solo en beneficio del empleado desleal, sino también de “un tercero”, siendo lo relevante destacar que el acto de abuso no permite interpretación distinta a la voluntad de “apropiación”, cuando el manejo de los bienes administrados se cumple al margen de las formalidades legales y procediendo con la misma amplitud y autonomía como ocurre en el manejo de los propios bienes”

Finalmente el provecho que se estudia es de corte económico, por lo que, este rasgo es lo que materializa la apropiación de los dineros del Estado ya que con su comportamiento desviado el servidor público los destina para su propio provecho o el de un tercero en vez del de toda la comunidad.

(ii) Del peculado por aplicación oficial diferente

Por otra parte, el artículo 399 *ibidem* establece que:

“Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de diez (10) salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años.”

Bajo este contexto se infiere que sólo el servidor que tenga atribuciones jurídicas para aplicar bienes del Estado o de hacer compromisos presupuestales, de invertir o de utilizar dentro de un marco normativo- presupuestal, puede ser sujeto activo del ilícito. Por lo demás los bienes deben haber sido confiados al agente por la respectiva autoridad para que los administre o custodie, conceptos que se han de entender en el sentido de disponibilidad con determinada finalidad.

Así pues, este tipo penal es de mera conducta, por lo que para el perfeccionamiento de tipo en cuanto aplicación oficial diferente, basta la simple imputación presupuestal o cambio formal de destinación, sin que sea necesario el efectivo gasto o inversión desviados. La acción de dar aplicación se estructura a cabalidad, con el acto jurídico formal respectivo; esto es aún más cierto cuando los actos de inversión y utilización son incriminados como acciones alternativas diversas dentro del mismo tipo.

Como requisito *sine qua non* para que se de en su plenitud se condiciona la tipicidad de la conducta a que tal afectación del rubro correspondiente se haga en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

Bajo este contexto, se observa que este tipo penal se diferencia del peculado por apropiación, porque en esta conducta el agente no se apropia de los bienes de la administración pública, sino que le da a estos bienes una destinación diferente a la oficialmente establecida.

Vale resaltar que se tratan de dos conductas punibles diferentes, a las cuales el legislador le estableció sus elementos particulares, así como sus sanciones a cada uno, por lo tanto, se equivoca la censura al señalar que el Juzgador de primera instancia con los argumentos en los que se basó para absolver al procesado del delito de peculado por aplicación oficial diferente, debió absolver por el punible de peculado por apropiación.

5.3. De los medios de prueba

A su vez, el recurrente aduce que las pruebas obrantes en el paginario no llevan a la certeza de la comisión del hecho y la responsabilidad de su representado por el punible de peculado por apropiación, a su vez, señala que hubo vulneración al debido proceso porque nunca se llevó a cabo una inspección judicial en la UMATA.

Al respecto, vale resaltar que la Ley 600 de 2000, señala el principio de libertad probatoria:

“Artículo 37 Libertad Probatoria los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán **demostrarse con cualquier medio probatorio**, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”. (Negrillas fuera de texto).

En este contexto, se tiene que si bien en la etapa de instrucción la Fiscalía ordenó la inspección judicial en la UMATA, y ésta no se realizó ello no es óbice de desconocimiento del principio de presunción de inocencia, toda vez que dicho medio de prueba no era el único que serviría para demostrar la responsabilidad del encartado, y por el contrario, en el paginario se encuentran otros medios de prueba, tales como pruebas testimoniales y documentales, que llevan a la certeza de la existencia del hecho como la responsabilidad del encartado.

Además de lo anterior, se avizora que el recurso de apelación no es la oportunidad procesal para manifestar las inconformidades con la etapa de instrucción, a raíz del principio de preclusividad que rige las actuaciones penales, por lo tanto, dicha inconformidad debió argumentarse en la audiencia preparatoria, tal y como lo establece el artículo 401 del Código de Procedimiento Penal:

“Artículo 401 Audiencia Preparatoria Finalizado el termino de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el Juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El Juez podrá decretar prueba de oficio.

Allí mismo se resolverá sobre la prácticas de pruebas que por su naturaleza, por requerir estudios previos o por imposibilidad de las personas de asistir a la audiencia pública, fundada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, deberán realizarse fuera de la sede del juzgado. Se practicarán dentro de los 15 días hábiles siguientes.

Se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes”.

La norma en cita establece, que la oportunidad procesal para resolver las nulidades y pruebas a practicar en audiencia pública es en la audiencia preparatoria, y el recurrente no lo hizo en el debido estadio procesal, y en vista que cada etapa procesal tiene su sentido, contrario a lo manifestado por el recurrente, no existe desconocimiento al principio de presunción de inocencia.

Por último es menester aclarar, que esta inspección judicial, no es la única prueba idónea para determinar la responsabilidad de Denis Danilo Ayala Villalba, por ello la información tenida como base para la respectiva decisión, fue basada en la denuncia de Henri José Berrio Morelo y los respectivos anexos de las observaciones a los libros y soportes encontrados a los archivos de la UMATA, las irregularidades encontradas en el manejo financiero de los convenios de FIDEYUCA, DRI y FONDO ROTATORIO, así como también las declaraciones rendidas por Denis Danilo Ayala Villalba.

(...)

En ese orden de ideas, la Sala precisa que el comportamiento del procesado se encasilla en el punible de peculado por apropiación, toda vez que tenía una disposición jurídica de los bienes y dineros pertenecientes a la UMATA en razón de su cargo como Director, apropiándose de los recursos que se manejaban a través del fondo rotatorio de dicha entidad, puesto que a través del decurso procesal se observa que no dio explicación suficiente sobre el destino de dichos recursos.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 397 Y 399 del Código Penal, Carta Política, artículo 209, Artículo 401 Código de Procedimiento Penal.

PROCESADO: Denis Danilo Ayala Villalba

FECHA: 9 de abril de 2013

RADICACIÓN: 2013-00065-P-MC

DECISIÓN: Confirma el fallo recurrido.

NULIDAD PROCESAL -En materia penal se rige también por principios señalados por la Jurisprudencia/**JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**-Funciones/Competencia reglada/**ESTRATEGIA DEFENSIVA**-No puede utilizarse para interponer actuaciones judiciales abiertamente improcedentes

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, el defensor recurrió la decisión de primera instancia que denegó la solicitud de decretar la nulidad de todo lo actuado incluso desde la audiencia de legalización de captura y formulación de imputación, argumentando que el a quo no carece de competencia funcional, ya que los eventos constitutivos de la misma, ocurrieron antes de dictarse sentencia.

Extractos: “Al respecto de lo que se duele el profesional, y amén de la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, encontramos que de acuerdo al artículo 38 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), estos funcionarios conocen:

“1. De las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan.”

2. *De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.*

3. *Sobre la libertad provisional y su revocatoria.*

4. *De lo relacionado con la rebaja de pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza.*

5. *De la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de libertad.*

6. *De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad. Así mismo, del control para exigir los correctivos o imponerlos si se desatienden y la forma como se cumplen las medidas de seguridad impuestas a los inimputables y ordenará la modificación o cesación de las respectivas medidas, de acuerdo con los informes suministrados por los equipos terapéuticos responsables del cuidado, tratamiento y rehabilitación de estas personas. Si lo estima conveniente podrá ordenar las verificaciones de rigor acudiendo a colaboraciones oficiales y privadas.*

7. *De la aplicación del principio de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.*

8. *De la extinción de la sanción penal.*

9. *Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia. (...)*”.

De tal forma que hecha la anterior reproducción normativa, encuentra este Cuerpo Colegiado que de la lectura de lo que atañe a la competencia de los premencionados operadores judiciales, es claro que la pretensión nulitatoria no es del resorte de los mismos, lo que a su vez viene a circunscribir nuestra órbita de actuación, por lo tanto, en principio aparece acertada la decisión de la a-quo, en punto de no conceder la solicitud de nulidad, bajo el entendido que carece de competencia funcional para lo anterior.

Más aún, nuestra legislación procedimental penal actual, por vía de la norma en cita, ha dispuesto de manera taxativa los asuntos que se deben someter a consideración de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, y dentro los mismos no se encuentra en ninguno de sus apartes el conocer de las causales de nulidad por violación al debido proceso en actuaciones anteriores a la sentencia.

En tal sentido, advierte esta colegiatura que como quiera que el Dr. Martínez Villa, postula la nulidad aduciendo tanto hechos acontecidos antes de proferirse la sentencia condenatoria, como yerros en la misma; a quien le correspondería conocer de la nulidad postulada, independientemente de si resulta procedente o no, sería al juez de conocimiento y no al de ejecución de penas y medidas de seguridad, como erradamente se pretendió.

Independientemente de que se trata de un proceso que está regido por la Ley 906 de 2004, la cual trae un título muy escueto sobre nulidades, vale decir que, los principios que rigen las nulidades descritas en la Ley 600 de 2000, artículo 310, son perfectamente aplicables al

sistema acusatorio oral, y eso ya se ha reiterado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias, como por ejemplo la que está radicada bajo el N°. 30710, que más adelante se aludirá.

En tal virtud, aparece entre otros, el principio de convalidación, contemplado en el numeral 4 de la premencionada norma, que ocurre entre otros casos cuando las nulidades no se proponen a tiempo, si las hubiere realmente dentro del proceso, sobre lo cual encontramos que ésta disposición a la letra dice:

“Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales”

Igualmente ese articulado nos enseña a través del artículo 308 que dice que:

“Las nulidades podrán invocarse en cualquier estado de la actuación procesal”.

Es decir, las nulidades sólo son invocables dentro del proceso mismo, no en actuaciones diversas posteriores que nada tiene que con éste.

Sumado a lo precedente, no puede pasar por alto esta Corporación que el Legislador ha fijado oportunidades procesales propias para las peticiones que se pretendan presentar, lo cual no es otra cosa distinta que la concreción de derechos tan importantes como el debido proceso, defensa, contradicción, así pues que, no se trata sólo que tales prerrogativas sean observadas y cumplidas por los operadores judiciales que haya conocido de la causa, sino también que el apego de los mismos son exigible de la misma defensa, que es justamente quien ahora busca una nulidad que debió incoar en otro momento y no lo hizo, y muy a pesar de ello pretende que habiendo fenecido el plazo para lo propio, se conceda una solicitud en tal sentido, lo que sin duda genera que ésta sea catalogada como extemporánea.

(...)

Luego entonces, estando claro que las actuaciones están regidas bajo el principio de progresividad y preclusión, el cual tiene etapas, cada una de ellas con fines específicos y sucesivos, cuya culminación de cada una de éstas implica el agotamiento de lo propio, ello termina por imposibilitar que las partes formulen peticiones respecto de las mismas, máxime cuando habiéndose cumplido la oportunidad para solicitarlas, y no habiendo hecho uso de ellas, no es factible revivirlas, caso en el cual aquí bien se hubiese podido proponer en la audiencia de formulación de acusación, y no se hizo.

En la presente causa mediante sentencia de fecha noviembre veintiuno (21) del año dos mil doce (2012), el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, declaró responsable al señor Ángel Manuel Doria Hoyos, como coautor material del punible de Secuestro Extorsivo Agravado, en concurso real heterogéneo con Tentativa de Homicidio Agravado, conforme a lo establecido en los artículos 169, 170 numeral 6°, 104 numeral 2° y 27 del Código Penal y artículo 14 de la Ley 890 de 2004, siendo condenado a la pena de quinientos dieciséis (516) meses de prisión y multa de tres mil quinientos cincuenta y cuatro (3554) SMLMV al 2009, y a la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, por veinte (20) años; y contra la misma NO se interpuso recurso alguno, por lo que el proceso fue remitido a los jueces de ejecución de penas y medidas de

seguridad, correspondiéndole por reparto al Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.

De tal forma, que decretar la nulidad de todo lo actuado en la presente causa, resulta a todas luces improcedente, ya que ni siquiera el defensor del señor Hoyos Doria, recurrió la sentencia proferida en contra de aquél, luego entonces, a la fecha la misma se encuentra debidamente ejecutoriada y amparada por el principio de cosa juzgada, además de notoria extemporaneidad de la pretensión nulitatoria, tal y como hemos venido sosteniendo.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sentencia N°. 30710, con ponencia de la Dra. María Del Rosario González De Lemos, dispuso:

“En el esquema procesal penal de 2004 no aparece una disposición en la cual se establezcan expresamente principios orientadores de las nulidades, como sí ocurre en la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 310 regula la materia enumerando seis postulados de esa naturaleza.

Lo anterior, empero, no autoriza para afirmar que la actividad procesal surtida con fundamento en el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 no esté informada por los principios que tradicionalmente han orientado las nulidades como son, a saber:

Principio de trascendencia (...)

Principio de instrumentalidad de las formas (...)

Principio de taxatividad (...)

Principio de protección: (...)

Principio de convalidación: (...)

Principio de residualidad: (...)

Principio de acreditación (...).”

Por consiguiente, forzado sería estimar que el recurrente se allanó al cumplimiento de lo antes reproducido, máxime cuando aparece claro que, o bien el sujeto procesal o bien sus apadrinados a lo largo de la causa, coadyuvaron con su conducta omisiva a la configuración del acto o de los actos que ahora se tildan de irregulares, lo que a su vez podría entenderse como una convalidación de lo que ahora se duele, ignorando entonces los principios que ya aludimos.

Así mismo, no se desprende de la causal de nulidad contemplada en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, que a letra dice: *“es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales”*, que ella sirva para debatir la responsabilidad penal del hoy condenado, como así lo quiere el recurrente, sino por el contrario para debatir la legalidad de las actuaciones, que en este caso sólo sería de la sentencia, por cuanto las demás actuaciones ya fueron superadas y sometidas al debido control de legalidad.

(...)

Más aún, es claro que como ya inferimos, si lo que pretende el abogado de la defensa, es someter otra vez a debate lo que ocurrió en el caso que nos ocupa, en aras de lograr un nuevo pronunciamiento de la Sala sobre ellos, tal pretensión se torna aún más desatinada, máxime cuando ello sería iniciar un nuevo juzgamiento, evento que es inadmisibles desde cualquier punto de visto, menos aun cuando no hay nada que dé cuenta que hay algo grotesco en la actuación que haya terminado por lesionar los derechos del sentenciado, de

quien dicho sea de paso si tuvo defensa contractual, y así se avizora en los folios 71, 75 de la carpeta del juzgado de origen, y al renunciar éste se le nombraron no menos de dos (02) apoderados judiciales más, a efectos que representaran sus intereses, de ahí que inclusive son perceptibles solicitudes de aplazamiento de audiencias, luego entonces si sus togados no tuvieron a bien pedir la nulidad que ahora se pretenden, ello bien puede entenderse como una estrategia de la defensa, lo que es a nuestro juicio lo que sucede ahora.

En efecto como ya se dijo al Juez de ejecución de penas no le compete ni la revisión, ni aprobación, ni confirmación, ni revocatoria de la sentencia de instancia o de fondo. No es superior del Juez de conocimiento, ni una instancia paralela; para atacar la sentencia de fondo existen los recursos materiales ordinarios (Reposición o Apelación) y extraordinarios (casación y revisión), dentro de ellos podrían solicitarse las nulidades que a bien tengan pedir los sujetos procesales. La actuación posterior, diversa y diferente del Juez de Penas nada tiene que ver con el proceso mismo pues no es una continuación de la actuación ordinaria natural que termina con la ejecutoria de la sentencia.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 38, 308, 310 y 457 del C.P.P., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia N°. 30710, M.P. Dra. María Del Rosario González De Lemos.

RECURRENTE: Ángel Manuel Doria Hoyos

FECHA: 5 de abril de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-0002010-00049-01/ 2013-00017-P-CR

DECISIÓN: No accede a decretar nulidad.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

HABEAS DATA-Protección al buen nombre/**AUTORIDADES JUDICIALES Y DE POLICIA**-Debe de mantener actualizada su base de datos/**ACCIÓN DE TUTELA**-Mecanismo idóneo para proteger la actualización y rectificación de informaciones erróneas

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el tutelante pretende que se proteja su derecho fundamental al buen nombre, el cual considera ha sido conculcado por parte de las autoridades accionadas, quienes lo han perjudicado con una información errónea en su base de datos.

Extractos: “De una atenta lectura de la demanda de tutela, se extrae que la pretensión del accionante, es que se le tutelen los derechos fundamentales al buen nombre e intimidad personal, debido proceso, derecho a la igualdad, derechos al habeas data y libre movilización por el territorio nacional invocados, y como consecuencia de ello, la obtención de una orden a la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional, para que cancelen las anotaciones que figuran a su nombre y número de identificación, y se expida un certificado que conste que no posee los antecedentes referenciados.

En razón a lo anterior, considera oportuno esta Sala, reiterar que el derecho de habeas data y al buen nombre, se encuentran en el artículo 15 de la Constitución Nacional, que reza lo siguiente:

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las

informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del artículo citado anteriormente, resulta ostensible que los datos personales y el buen nombre, se encuentran especialmente protegidos por la Constitución, considerando a éstos como fundamentales, en especial por la relación de esta protección con la conservación de la vida íntima y personal de cada individuo, y el esfuerzo por evitar aquellos perjuicios que puedan originarse del manejo indebido de los datos y la información que puedan afectar la dignidad de las personas, su buen nombre y el de su familia.

Con relación al caso sub examine, la Corte Constitucional, ha explicado el derecho fundamental al *habeas data*, en los siguientes términos:

*“como aquel que tienen **las personas naturales y jurídicas, de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.** De la misma manera, estipula la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales en el ejercicio de las actividades de recolección, tratamiento y circulación de datos.”²⁰ (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

Igualmente la Corte, reconoció la autonomía del derecho al *habeas data* y lo conceptualizó así:

“El hábeas data confiere, (...), un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-284/08

dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”.²¹

De las anteriores definiciones jurisprudenciales se desprende una obligación a cargo de las autoridades que dentro de sus funciones tiene el registro de antecedentes judiciales y la actualización de dicha información, como lo es, en nuestro caso, el Área de Administración de Información sobre Antecedentes y Anotaciones Judiciales de la Fiscalía General de la Nación, y la base de datos de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de la Policía Nacional; teniendo en cuenta además, que los antecedentes penales, a la luz del artículo 248 de la Constitución Política de Colombia, son conformados a partir de “...*las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva...*”, por esta razón es que en el desempeño de dicha función y en el cumplimiento del ordenamiento jurídico deba procurarse que los datos bajo su administración sean veraces y se encuentren debidamente actualizados.

Debe aclararse, con fundamento en lo considerado en precedencia, que esta Corporación, no pretende ordenar a las entidades accionadas que desaparezcan de las bases de datos la información de la que se duele el actor, pues más bien estima necesario que se tenga en cuenta que el mal manejo esos datos encomendados para su administración y actualización, afecte los derechos fundamentales del accionante, especialmente protegidos por la Constitución.

Descendiendo al objeto de esta acción de tutela, esta Colegiatura considera que las entidades accionadas poseen información desactualizada en su base de datos, de tal forma que han venido ocasionándole perjuicios al accionante, ya que en repetidas ocasiones, como lo manifiesta el actor y no fue objetado por las entidades accionadas, el señor Arturo José Fernández Olivares, ha sido detenido con ocasión a las anotaciones por órdenes de captura o antecedentes penales, que de una u otra forma deberán ser corroborados por las autoridades judiciales que las libraron 20 años atrás, teniendo en cuenta que por ser tan remotas, se presume prescrita la acción penal y la pena, de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal en Colombia.

Esta Sala, puede evidenciar que ni el Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena y el Juzgado 3° Penal del Circuito de Barranquilla, respondieron al requerimiento solicitado por este despacho, con ocasión a la presente acción, de esta manera y en atención a la presunción de veracidad, la cual establece que, cuando la autoridad pública contra la que se dirige la acción, no contesta el requerimiento que le hace el juez de instancia, ni justifica tal omisión, opera para el caso, la presunción de veracidad de los hechos narrados por el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991.

Conforme a lo anterior, esta Sala de Decisión tutelarán los derechos fundamentales al buen nombre y al habeas data, invocados por el accionante, y, en consecuencia, se ordenará a

²¹ Sentencia C-1011 de 2008

los despachos judiciales Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena y al Juzgado 3° Penal del Circuito de Barranquilla, teniendo en cuenta que resulta necesario la ubicación de los expedientes que pueden contener las decisiones que dieron origen a la presente acción y verificar la información necesaria, que en el término de diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación del presente fallo, remitan la cancelación de las ordenes de captura de acuerdo al estado actual del proceso –de ser procedentes- con destino al Área de Administración de Información sobre Antecedentes y Anotaciones Judiciales de la Fiscalía General de la Nación, y la base de datos de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de la Policía Nacional, para que una vez sea recibida por estas, en el término de cinco (5) días hábiles realice las actualización correspondiente en sus bases de datos que se refiere al accionante.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 15 Constitucional, Corte Constitucional, Sentencia C-1011 y Sentencia T-284/08

FECHA: marzo 14 de 2013

ACCIONANTE: Arturo José Fernández Olivares

ACCIONADO: Juzgado 2° penal del circuito de Cartagena y 3° penal del circuito de Barranquilla

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2013-00049-00

DECISIÓN: Concede el amparo tutelar

PREJUDICIALIDAD DE PROCESO PENAL A COBRO COACTIVO-Improcedencia/JUEZ CONTROL DE GARANTÍAS-Es el competente para atender en audiencia pública lo relacionado con bienes y restablecimiento del derecho/**DEBIDO PROCESO-**No vulneración/**JUEZ CONSTITUCIONAL-**No puede inmiscuirse en decisiones de la administración pública

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el tutelante pretende que el juez constitucional le ordene al juez de ejecuciones fiscales de Barranquilla que suspenda el proceso coactivo iniciado en su contra por el no pago de un vehículo, que alega no es suyo, y por lo cual ha entablado las denuncias penales del caso.

Extractos: “En el caso concreto, el señor Dionisio Palacio Mena, deprecia el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por las entidades accionadas, al no suspender el proceso de cobro coactivo que fuere iniciado en su contra mientras se resuelve la actuación penal que hubiere incoado ante la Fiscalía General de la Nación.

Su pretensión principal consiste en obtener del juez constitucional una orden dirigida a la autoridad administrativa para que actúe en una forma específica en desarrollo del proceso de cobro coactivo, que adelantan de manera autónoma en ejercicio de la jurisdicción de ejecución fiscal, donde considera el actor, se ha adelantado un indebido proceso.

De un atento análisis del expediente se avizora que el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Barranquilla, resolvió librar mandamiento de pago en contra del accionante en la calidad de propietario del vehículo de placa TPE 110, por las obligaciones fiscales incumplidas por éste, que aduce no ser el propietario y la falsificación de su firma en los documentos que así lo acreditan.

Comprende este Tribunal, que el accionante ya ha actuado diligentemente ante la situación que afecta sus intereses económicos y que aduce se ha generado con ocasión a la comisión de un delito del que es una presunta víctima, en efecto, la coordinación de la unidad de delitos contra la administración pública, atendiendo al requerimiento que hiciera el Magistrado Ponente, informó que la denuncia penal referida por el accionante fue asignada a la Fiscalía 43 seccional de Barranquilla, ésta a su vez, indicó que adelanta la etapa de investigación preliminar y remite las fotocopias de las actuaciones adelantadas.

Es evidente, entonces, que existe un medio judicial idóneo, *la actuación penal*, el cual es el escenario, donde actualmente se debate la presunta comisión del delito contra la fe pública, y, por tanto, para esta Sala, es el medio *eficaz* para la garantía de su derecho fundamental al debido proceso.

El sistema de procedimiento penal implementado con la ley 906 de 2004, estableció como atribuciones del ente instructor en el artículo 114, numeral 12: “*Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto*”.

De ahí que la pretensión que esboza el actor en esta acción, debe ser atendida por la Fiscalía, y no por el juez constitucional como indebidamente lo auspicia el señor Dionisio Palacio Mena; como quiera que sólo este organismo instructor puede conocer si verdaderamente existe mérito suficiente para que tales pretensiones se abran paso a favor del accionante.

Por lo anterior, comparte esta Colegiatura la postura del juez de primera instancia, que determinó, aunque sin mayores precisiones, que existía otra vía judicial idónea para la garantía de sus derechos fundamentales. Por ello, se confirmará el fallo proferido por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, que denegó por improcedente la acción incoada por el señor Dionisio Palacio Mena.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 114 numeral 12 de la Ley 906 de 2004

FECHA: Abril 10 de 2013

ACCIONANTE: Dionisio Palacio Mena

ACCIONADO: Secretaria de hacienda departamental

RADICACIÓN: 2013-00181-T-CJ

DECISIÓN: Niega protección tutelar, por las razones expuestas en esta providencia.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 012 – ABRIL DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS-Materialidad de la conducta/**ACERVO PROBATORIO**-De las documentales se infiere que el procesado no pudo cometer el delito que se le imputa/**DENUNCIA**-La realizada por el padre fue motivada por animadversión y motivos pasionales. *Pág. 26*

HABEAS DATA-Protección al buen nombre/**AUTORIDADES JUDICIALES Y DE POLICIA**-Debe de mantener actualizada su base de datos/**ACCIÓN DE TUTELA**-Mecanismo idóneo para proteger la actualización y rectificación de informaciones erróneas. *Pág. 38*

INEFICACIA DE CLAUSULA CONTENIDA EN ACUERDO COLECTIVO - Inconstitucionalidad sobreviniente/**NULIDAD ABSOLUTA**-Afecta acuerdo convencional que contraviene la Carta Política/**PENSION DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL**-Tienen derecho a ésta prestación los trabajadores que hubieran cumplido los requisitos estipulados en este documento. *Pág. 22*

NULIDAD PROCESAL -En materia penal se rige también por principios señalados por la Jurisprudencia/**JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**-Funciones/Competencia reglada/**ESTRATEGIA DEFENSIVA**-No puede utilizarse para interponer actuaciones judiciales abiertamente improcedentes. *Pág. 34*

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE-Materialidad de la conducta/**CARACTERÍSTICAS**-Según la jurisprudencia penal/**TIPICIDAD**-Diferencias con el peculado por apropiación/**LIBERTAD PROBATORIA**-Principio establecido en la Ley 600 de 2000/**ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO SOBRE BIENES DEL ESTADO**-Define el delito de peculado por apropiación. *Pág. 30*

PENSIÓN DE VEJEZ ESPECIAL POR ALTO RIESGO-Requisitos en vigencia del Acuerdo 049 de 1990/**COTIZACIONES ESPECIALES**-Carga probatoria desplegada por el actor/**RETIRO ANTICIPADO**-Ante las especiales condiciones laborales el demandante debía retirarse una vez satisfechas las cotizaciones exigidas en la ley. *Pág. 19*

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ-Reconocimiento a padre cabeza de familia en razón de la discapacidad de su hija/Procedencia/**CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA**-Reiteración Jurisprudencial/**TESTIMONIOS**-Su valoración permite inferir el trato y las relaciones familiares que profesan el cuidado a la menor discapacitada/**INTERESES DE MORA**- Reconocimiento a partir de la fecha en que se causa el derecho pensional. *Pág. 14*

PREJUDICIALIDAD DE PROCESO PENAL A COBRO COACTIVO-Improcedencia/**JUEZ CONTROL DE GARANTÍAS**-Es el competente para atender en audiencia pública lo relacionado con bienes y restablecimiento del derecho/**DEBIDO PROCESO**-No vulneración/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-No puede inmiscuirse en decisiones de la administración pública. *Pág. 41*

RENDICIÓN DE CUENTAS PROVOCADA-Procedencia/**CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN**-Deber de los socios de rendir cuentas/**CONSORCIO**-El representante legal de una de las empresas consorciadas tiene el deber legal de rendir cuentas de su gestión ante los demás socios. *Pág. 11*

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO- Sólo exonera la causa extraña/**DAÑO EN EL SISTEMA DE FRENOS DEL AUTOMOTOR**-No constituye una circunstancia imprevisible e irresistible/**EMPRESA TRANSPORTADORA**-Debe asumir el daño en el sistema de frenos como un vicio interno de la cosa controlada y explotada/**RELACIÓN DE CAUSALIDAD**-Se encuentra probada entre el daño en el sistema de frenos y el choque con otro vehículo de servicio público. *Pág. 2*

RESPONSABILIDAD MÉDICA-Violación al deber de cuidado y seguridad/**COBRO DE LO NO DEBIDO**-Al no cancelar los padres de la menor dinero por conceptos de atención médica no hay lugar al pago de perjuicios materiales/**PERJUICIOS MORALES**-Resulta procedente la condena por este concepto por la aflicción y congoja sufrida por la paciente y su familia/Secuelas fisiológicas/**DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES**-Se encuentran excluidos de la póliza de seguro/No constituyen un elemento de la esencia del contrato de seguro. *Pág. 5*