

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN
BOLETIN No. 15 – JULIO 2013

PRESENTACIÓN



Es grato para ésta Corporación llegar al boletín número quince (15) de providencias pronunciadas por las diversas Salas de éste Tribunal.

Gracias al esfuerzo y a la dedicación de la relatora, de los auxiliares de cada magistrado y de nuestro cuerpo de juristas que cada día se empeñan en plasmar en sus providencias los conceptos contemporáneos de la hermenéutica jurídica.

La comunidad judicial ha comunicado su complacencia con los temas escogidos, y ha manifestado la gran utilidad que para ellos ha representado la compilación de las decisiones, para el desarrollo de sus actividades desde el litigio o desde la judicatura.

Nuestra finalidad última es de tipo académico, puesto que las decisiones son colocadas al escrutinio público, con el fin de recibir aportes o críticas constructivas para un mejor desarrollo en la edificación de la doctrina de ésta Corporación.

Espero que en la escogencia de los temas de éste último mes, encuentren análisis que redunden en el fortalecimiento jurídico de cada una de las personas que nos leen.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Presidenta Tribunal Superior

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 15 – Julio 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

ESTATUTO ARBITRAL -Aplicación de sus normas en el tiempo/**ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**-Trámite: Competencia, avocación del conocimiento y traslado a las partes/Causales taxativas/Recursos contra la decisión/**NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL**-Hace relación a la validez o no por objeto o causa ilícita

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CARMIÑA GONZÁLEZ ORTIZ

Causa fáctica: En el presente caso, se pretende se declare fundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral celebrado entre las partes, en razón –según la demandante- de las causales primera, cuarta y séptima del estatuto arbitral vigente al momento de promoverse la constitución del Tribunal de Arbitramento.

Extractos: “La regla general en nuestro Estado de Derecho es que el órgano jurisdiccional, es el competente para dirimir los conflictos que se susciten entre los ciudadanos, y que sólo de manera excepcional y mediante ordenaciones regladas y limitadas, el Legislador ha permitido que los particulares sustraigan el conocimiento de los conflictos de la justicia ordinaria a una especial, que se realiza a través de los jueces temporales, denominados Árbitros.-

Desde la Ley 105 de 1890, se otorga en nuestro país, la potestad a las partes, para transigir, celebrando compromisos, para que a través de árbitros designados, se resuelvan diferencias surgidas entre ellas.-

Es de resaltar, que actualmente la Ley 1563 de 2012, del 12 de Julio de 2012, es el marco normativo que rige el Arbitraje en Colombia, pero es de tener en cuenta que el artículo 119 de la Ley en mención, señala:

“ARTÍCULO 119. VIGENCIA. *Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.*

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.”- (Se resalta).-

La ley en mención empezó a regir a partir del 12 de Octubre de 2012, y el proceso que nos ocupa, fue promovido en Noviembre 9 de 2011, por tanto, no es de aplicación dicha Ley, por existir normatividad expresa al respecto, rigiéndose por tanto, por el Decreto 1818 de 1998.-

Según el autor HUGO ALSINA, “...los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes, sólo con relación a éstas revisten el carácter de jueces, y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan. El procedimiento a que deben ajustarse para que las resoluciones sean obligatorias y

puedan ejecutarse en la misma forma que las sentencias de los jueces del Estado, constituye el juicio Arbitral...”.-

El arbitraje es un proceso y como tal debe ser considerado; así se desprende del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.-

Igualmente, como proceso que es, se le aplica al Arbitraje, la regla general de la analogía establecida en el artículo 5° del C. de P.C.-

Por la naturaleza del Arbitraje y especialmente por razones de celeridad que lo caracterizan, ha sido tendencia generalizada en las Legislaciones, rechazar el principio de la doble instancia, razón por la cual, el arbitraje es un proceso de única instancia, en donde no le caben al Laudo, recursos ordinarios como el de Apelación o Consulta. En forma extraordinaria se permite y con el fin de salvaguardar la legalidad del procedimiento, el recurso de Anulación y el de Revisión del Laudo Arbitral.-

El recurso de Anulación del Laudo, fundamentado en errores in procedendo, es viable por la interposición de causales taxativas consagradas en la ley, específicamente en el Decreto 1818 de 1998, artículo 163.-

La Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, expresó en fallo del 24 de Mayo de 1991, sobre este punto lo siguiente que se transcribe por considerarlo oportuno y compartirlo para este caso: *“a través de dichas causales no es posible obtener stricto sensu; que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otros casos, muy fácil quedaría desnaturalizar la teología de acudir a este tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes...”.-*

Aclarados los aspectos relativos a la razón del recurso de Anulación del Laudo, a efectos de delimitar el campo de acción del presente estudio, se procede a analizar las causales propuestas por la demandante, toda vez que se observan cumplidos a cabalidad, todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley, para el trámite del recurso ante este Tribunal Superior, como fueron los relativos a competencia, avocación del conocimiento y el traslado correspondiente a las partes.-

CAUSAL PRIMERA: *“La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.”.-*

La causal anterior, hace relación expresa a las causales de nulidad que puedan llegar a viciar el PACTO ARBITRAL, o sea, el acuerdo a que llegaron las partes para que en caso de que se presenten diferencias en lo contratado, es un Tribunal de Arbitramento quien lo va a dirimir.-

Por tanto, como todo acuerdo de voluntades, cuando le falte alguno de los requisitos, es nulo, nulidad que puede ser absoluta o relativa, tal y como lo dispone el artículo 1740 del C.C.-

Así mismo, el artículo 1741 del C.C. señala:

“ART. 1741.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del contrato.”.-

Quando se trate de objeto o causa ilícita, puede solicitarse aún cuando no se haya alegado en el proceso arbitral, cosa distinta de las demás causales de nulidad absoluta o cuando se trate de nulidad relativa, que se exige hayan sido alegadas dentro del proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado dentro del transcurso de dicho proceso.-

Solicita el apoderado judicial de la Convocante que se declare la nulidad absoluta del laudo, por tener en cuenta como apoderada judicial de la parte demandada, a la Dra. VANESSA TORREGROZA ZABALETA, sin que existiera poder especial para contestar la demanda a pesar de que la parte demandada dejó vencer el término para subsanar la demanda.-

Como ha quedado establecido, la causal invocada va encaminada en forma específica a que se declare la nulidad del pacto arbitral y lo alegado en el caso que nos ocupa, es que se declare la nulidad del laudo, por falta de poder, hecho éste que hace relación a un aspecto meramente procesal que para nada toca con la validez del pacto arbitral, por lo que se declarará infundada esta causal.-

CAUSAL CUARTA: “Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debido.”.-

La causal anterior hace relación a la no práctica de pruebas esenciales para el sentido de la decisión, sea porque no se decretaron o se decretaron pero no se practicaron.-

Solicita el apoderado judicial de la Convocante que se declare la nulidad del laudo, por no haberse declarado la no contestación de la demanda por parte del demandado a pesar de que la parte demandada dejó vencer el término para subsanar la contestación de la demanda y ordenar las pruebas solicitadas en el escrito de contestación no subsanado.-

Como ha quedado establecido, la causal invocada se configura, al no práctica de pruebas con carácter de esencial para el sentido de la decisión, y lo alegado en el caso que nos ocupa, es que se declare la nulidad del laudo, por haberse practicado unas pruebas solicitadas en la contestación de la demanda, la que según su parecer no debió tenerse en cuenta, o sea, que se plantea una situación totalmente opuesta, ya que como claramente está establecido, se configura la causal alegada por la NO PRÁCTICA de las pruebas, más jamás se configura, por el hecho contrario alegado como es la práctica de las pruebas, por lo que se declarará infundada esta causal.-

CAUSAL SÉPTIMA: “Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”.-

Fundamenta esta causal el apoderado judicial de la convocante en el hecho de que el Tribunal de Arbitramento no dictó sentencia en derecho y simplemente se basó en los hechos y pruebas formulados en el escrito de fecha 13 de febrero de 2012 que no fue subsanado y que contenía insuficiencia de poder de la abogada VANNESA TORREGROZA.-

Para efectos de esta causal, las contradicciones o errores aritméticos deben estar contenidos en la parte resolutive del laudo y es obligación ponérselo en conocimiento al tribunal, haciendo uso del derecho de solicitar que se aclare, corrija o complemente.-

En el presente caso, se cumple con el requisito de haberlo solicitado ante el Tribunal de Arbitramento, el cual en auto del 24 de Octubre de 2012, no accedió a la solicitud de aclaración y corrección, pero no se reúne el otro requisito de que las contradicciones o errores aritméticos deben estar contenidas en la parte resolutive del laudo, por lo que se declarará infundada esta causal.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, Artículo 115 y 163 del Decreto 1818 de 1998, artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

DEMANDANTE: Estación de Servicio La Troncal Ltda.

DEMANDADO: Laudo Arbitral de 16 de octubre de 2012

FECHA: Junio 28 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-22-13-000-2013-00129-00/**37.275**

DECISIÓN: Declara Infundado el recurso de anulación de Laudo Arbitral. No Condena a Perjuicios. Condena en costas a cargo del recurrente.

RESPONSABILIDAD CIVIL BANCARIA- Deber de protección y seguridad en sus instalaciones/**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA-**El contratista encargado de las reparaciones debe responder en el mismo grado que el banco demandado/**COMPAÑÍA DE SEGUROS-** Está obligado a resarcir la totalidad de los perjuicios de carácter patrimonial por no existir exclusión alguna en la póliza respectiva

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO CASTILLA TORRES

Causa Fáctica: En el presente caso, se demanda la responsabilidad civil extracontractual derivada de los perjuicios materiales y morales sufridos por un usuario del sector financiero, quien al encontrarse en las instalaciones de un banco sufrió daños corporales en razón de trabajos que se estaban realizando al interior de éste.

Extractos: “El Banco Davivienda (demandado) contrató con la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda. (Llamada en Garantía), la realización de unas obras al interior de las oficinas del mismo (empero no se aportó la copia de ese contrato ni se detallaron ni demostraron cuáles fueron las prestaciones y obligaciones recíprocamente pactadas).

A consecuencia de ese convenio, el 20 de marzo de 2009, el Banco permitió a operarios de la segunda el acceso a sus instalaciones, mientras desarrollaba sus labores habituales y atendía al público, sin que se colocaran avisos para informar a esos usuarios de lo que estaba aconteciendo o se pusieran cordones de seguridad o se impidiera el acceso de tales usuarios a las Zonas que pudieren ser eventualmente afectada en esa actividad.

Estando los operarios de la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda., dentro del Banco efectuando unas labores que se califican de “revisión”, se desprendió una lámina de la cubierta inspeccionada y cayó sobre la persona del demandante causándoles unas lesiones físicas.

Circunstancias en las cuales la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda., no puede ser considerada como un “tercero extraño” al Banco Davivienda, sino como un “dependiente” suyo, en similares condiciones que respondería por sus propios empleados, si el Banco en lugar de contratar a la Constructora, hubiera ordenado a éstos el realizar tal labor, dado que cualquier gestión que hubieren realizado los empleados de la Constructora contaban en principio con la “autorización” del Banco demandado para realizarlas.

En ese orden de ideas frente a un usuario de las labores financieras del Banco y que sufrió unas lesiones al interior de las oficinas del mismo es irrelevante que fuera un contratista del mismo quien hubiera generado las circunstancias en las cuales se produjo el llamado “accidente” que originó la caída del objeto que le causó su lesiones o que se tratara de trabajos de “revisión” o de “ejecución” dentro del convenio celebrado con el Banco con esa Constructora.

Aunque no se trate de una actividad que genere un grado tal de riesgos que pueda considerarse intrínsecamente dentro del marco jurídico especial de las “Actividades Peligrosas” lo cierto es que tratándose de cualquier labor humana quien la ejecuta tiene la obligación de prever las posibles consecuencias dañinas de su gestión y tomar las precauciones mínimas necesarias para que en caso de una eventualidad no se genere un daño efectivo.

El transitar o entrar a una cubierta de un techo genera la posibilidad de que eventualmente pudiera caer uno de esos elementos sobre las personas que se encuentran debajo, dado que por regla general tal tipo de objetos no están hechos para soportar ese peso ni esa actividad, situación en la cual la conducta del Banco de permitir el ingreso de un operario, en horas de atención al público, sin pensar de que era necesario generar las correspondientes precauciones con relación a las personas que estaban situadas debajo de esa cubierta lo hace responsable por culpa de las consecuencias correspondientes. Razones que no hacen posible la revocación del numeral 2º de la sentencia recurrida, y el reconocimiento de las excepciones propuestas de “Ausencia de Culpa del Banco Davivienda S.A. en el accidente sucedido en sus instalaciones”, “Hecho exclusivo de un tercero” y “Causa Extraña”.

3º) Si bien es cierto que el Banco Davivienda Demandado, formuló el llamamiento en Garantía a las sociedades Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza”, en un único memorial revolviendo las circunstancias fácticas y jurídicas de la relación existente entre este grupo de personas, se considera que la petición de que estas Llamadas le reembolsen al Banco las sumas a que pueda ser condenado en el presente proceso, debe ser estudiada y decidida por separado, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

3.1º) Ahora bien, al llamar en Garantía el Banco demandado a su contratista para que ésta sea condenada a pagar la condena que le fuera impuesta dentro de este proceso le correspondía en principio entrar a acreditar que contractualmente la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda., asumió para sí **todas** las consecuencias económicas derivadas de la realización de las actividades que fueren necesarias para cumplir con el cometido contratado.

El único documento que se allegó al expediente para acreditar tal relación contractual, es la “Orden de Servicio” contenida en un correo electrónico que el Banco reconoce como remitido por éste a la constructora ^{véase nota1} del cual no se desprende la aceptación de la Constructora de un clausulado en ese preciso sentido; y en el interrogatorio rendido por el señor Mauricio Ancinez Caicedo representante de la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía., no se le preguntó al respecto de ello. ^[Véase nota2]

¹ Folios 15-17, 20 del cuaderno de llamamiento en garantía.

² Folios 125-128 del cuaderno principal de primera instancia.

Junto al memorial de contestación de demanda se aportó un ejemplar de la comunicación del 20 de enero de 2009, suscrita por el representante legal donde este reconoce que fue la actividad de un trabajador que estaba realizando la revisión de la zona de los trabajos, la que ocasionó la caída de la lámina y que la Constructora se responsabilizaba y se estaba haciendo cargo de los daños del accidente y que contaba con las garantía y pólizas necesarias para ello; igualmente, se expresa en el interrogatorio de esta persona, que dicha empresa asumió los costos de atención medica al actor en el momento del accidente, señalando los valores que en ese momento se cancelaron por esos conceptos, aunque alega que correspondía al Banco tomar las precauciones para que las personas allí presentes no sufrieran las consecuencias de ese accionar.

Por lo cual razona esta Sala de Decisión que la “causa” de las lesiones padecidas por el señor Tapia, es la “suma o conjunción” de las actividades realizadas por ambas personas jurídicas, el Banco porque autorizó la realización de esa labor en la cubierta del techo de su oficina, mientras ésta permanecía abierta al público, sin ningún tipo de restricciones y advertencias y la Constructora porque igualmente autorizó a un personal a su cargo subir a efectuar esa labor en el techo, sin preocuparse por las condiciones que estaban debajo del mismo, dado que si la lámina se hubiera caído por fuera de las horas hábiles o sin el tráfico de personas debajo no hubiera alcanzado a generar daño a individuo alguno.

En ese orden de ideas, se considera que ambas empresas deben asumir el 50% de las consecuencias de tal conducta y en ese orden de ideas se condenara a la Constructora que cubra al Banco el 50% de la condena que aquí se llego a imponer.

3.2º) En ese mismo Llamamiento en Garantía el Banco solicitó la aplicación de una orden similar a cargo de la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza” con base en la póliza de seguro de responsabilidad Civil extracontractual número 06 R0007089 tomada por la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda., cuyos aspectos se analizaran siguiendo los argumentos expuestos en el memorial de sustentación del recurso formulado por la apoderada de la Aseguradora en esta instancia.

3.2.1º El ejemplar de este contrato, incluyendo sus “Condiciones Generales” fue anexado al expediente junto al memorial de contestación de la aseguradora ^{véase nota3}; donde el mismo ha de ser entendido y aplicado al tenor de lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 1127, que indica:

(Modificado. Ley 45 de 1990, art. 84.) “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. (Subrayas de esta Corporación).”

Donde la conclusión que se desprende de dicha norma es que la aseguradora asumió el pago de los perjuicios de los cuales se declare responsable al Banco Davivienda (quien tiene la calidad de Asegurado en dicha Póliza) y no de los que directamente se puedan imputar exclusivamente a la Constructora e Inversiones Mauricio Ancines y Cía. Ltda., (quien tiene meramente la calidad de tomador).

Así aparece indicado, en la caratula de la póliza, donde se asignó como asegurado al Banco Davivienda, ello correlacionado con lo expresado en la cláusula primera de las condiciones generales de la póliza, donde se menciona que la aseguradora se obliga a indemnizar el daño causado por el “Asegurado” siendo entonces que el riesgo que le fue transferido y aceptado por ella, fue el correspondiente al Banco Davivienda, al redactar de esa forma los condicionamientos especiales de tal documento; no siendo

³ Folios 59-65 del cuaderno correspondiente, el Banco solo había aportado su “caratula”.

entonces admisible el planteamiento de esta recurrente cuando indicó que solo asumió los riesgos de la responsabilidad de la constructora y no la del banco demandado.

3.2.2º) También, se plantea que el evento en que se ocasionaron las lesiones del señor Tapias no quedó amparado en la póliza porque se trataba de una labor “previa” a la ejecución de la Orden de Trabajo, puesto que solo se estaba analizando las condiciones de la cubierta para saber que materiales era necesario adquirir para iniciar las labores pertinentes, entendiendo el pacto efectuado con la Constructora, como si únicamente se hubiera pactado la asunción de los riesgos causados “DURANTE”, y no “ANTES” ni “DESPUÉS” de la concreta ejecución material de las labores del cambio parcial de esa cubierta.

Sin embargo, al leer la estipulación existente en esa póliza, se advierte que la expresión utilizada en ella para definir el objeto de la póliza, fue, como la misma recurrente resalta:

“indemnizar los perjuicios y/o daños patrimoniales ocasionados a terceras personas y DERIVADOS DE LA EJECUCION de la orden de trabajo S/N, referente al cambio parcial del sistema de cubierta- suc prado DVD”

La expresión “derivados” que lo que implica es una relación de dependencia, subordinación en que esos daños se ocasionen por conductas (actividades u omisiones) que tengan su origen en la ejecución de las labores encomendadas.

Y esas labores llamadas previas de “revisión” del estado de la cubierta tienen una relación directa, estrecha e inequívoca con las labores encomendadas por el Banco a la Constructora dado que como todos lo reconocen, esa revisión era necesaria e indispensable para poder llevar a cabo las labores del cambio de cubierta, sino hubiera sido por ese pacto celebrado entre el Banco y la Constructora no hubiera sido necesario que el primero hubiera permitido el acceso a personal de la segunda a ese techo debajo del cual estaba el ahora demandante.

3.3.3º) Finalmente afirma la aseguradora, que de acuerdo a las condiciones generales de la póliza en cuanto a sus cláusulas primera y cuarta relacionada al “objeto del seguro y cobertura” y “exclusiones especiales” que ella sólo asumió el pago de los perjuicios causados a terceros por concepto de “daño emergente”, razón por la cual no puede ordenársele cubrir lo referente al “daño moral” y el “lucro cesante” del señor Cesar Tapias.

Analizadas las estipulaciones de esa póliza, no existe reparo alguno en entender que efectivamente “Confianza” no asumió el pago de los perjuicios “extra-patrimoniales”, donde queda incluido el ítem de daño moral, por lo que se modificara la sentencia de primera instancia en ese sentido, para revocar esa ordenación.

Sin embargo, considera esta Sala de Decisión que no es posible efectuar una orden similar en cuanto al llamado “lucro cesante” puesto que éste es un daño “patrimonial” y en el caso presente puede apreciarse una contradicción entre este condicionamiento “general” que alega la Aseguradora y lo “especialmente” redactado en las condiciones particulares expresadas en la caratula de la póliza, puesto como antes se transcribió, en el aparte correspondiente al “objeto” de ésta última, se indica: “indemnizar los perjuicios y/o daños patrimoniales ocasionados a terceras personas...” sin hacer distinción o limitación alguna a las modalidades del daño patrimonial.

Indica la recurrente que en este caso, la Constructora sólo tomó el amparo de daño emergente, puesto que así se indicó en esa caratula al señalarse que el amparo es el correspondiente a “labores y operaciones”, empero no puede llegarse a esa misma conclusión, puesto que en el ejemplar de

condiciones generales que se allegó al expediente no aparece ninguna descripción de lo que puede entenderse por “predios, labores y operaciones”, por lo que no se puede concluir que ello sea un pacto expreso de limitarse a lo que ese condicionado general llama “Amparo Básico”.

En el entendido que el “condicionado general” de la póliza de un tipo o modalidad específico de contrato de seguro, sólo opera en defecto de que el tomador y la aseguradora no hubieran pactado unas condiciones particulares y diferentes en el caso concreto, cuando existe disparidad entre esas “condiciones generales” y lo expresamente señalado en la caratula de la póliza, que se entienda como estipulaciones especiales, debe prevalecer el texto de la caratula frente al texto de las condiciones generales.

Razón por la cual concluye esta Sala de Decisión, que si en el objeto del amparo descrito en la antes referenciada carátula número 06 R0007089, Certificado 06- R00110499, se asumió la indemnización de los daños o perjuicios patrimoniales sin distinción o restricción alguna, no es posible excluir de las obligaciones de la aseguradora este concepto.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 2341 C.C., art. 1127 C.Co.

DEMANDANTE: César Augusto Tapia Tapia

DEMANDADO: Banco Davivienda S.A. y otros

FECHA: Junio 19 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-011-2009-00443-01/ **37264**

DECISIÓN: Modifica sentencia. Declara civilmente responsable al Banco. Condena al pago de perjuicios materiales y morales.

UNIÓN MARITAL DE HECHO- Características esenciales/ Normatividad aplicable/**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN-** Pérdida del derecho a solicitar el reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho/ Diferencia legal de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, la sociedad patrimonial, y su disolución liquidación

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LUZ MYRIAM REYES CASAS

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actor pretende demostrar, conforme a la ley, la existencia de la unión marital de hecho que se invoca, para que se presuma en consecuencia, la presencia de sociedad patrimonial, y en consecuencia, se declare disuelta la misma.

Extractos: “Presupuestos Normativos: Consecuente con la realidad social en la conformación y desarrollo del núcleo familiar, la Ley 54 de 1990 se ocupó en admitir y regular la unión libre entre un hombre y una mujer, institución que con el transcurso del tiempo, ha sido de mayor aceptación entre las personas para determinar el inicio del grupo familiar; tuvo pleno reconocimiento con la expedición de la Constitución Política de 1991, cuando precisó en el artículo 42 que: “... *la familia es el núcleo esencial de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”; así, sin duda, la familia a partir del matrimonio o de la unión libre merece respaldo y tutela por el derecho, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.

Dispone la citada ley en el artículo 1º, que a partir de su vigencia y para todos los efectos civiles, “... se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”, y en su artículo 2º, estableció la presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente, cuando, exista unión

marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años y no haya impedimento legal para contraer matrimonio para ninguno de los compañeros.

La Unión Marital de Hecho tiene como objeto principal, al igual que el matrimonio, formar una familia estable, donde la procreación, el socorro y la ayuda mutua sea una constante de vida.

De esta manera, para que se configure esta relación debe existir una comunidad de vida, que implica compartir diversas circunstancias a partir de la unidad que surge como núcleo familiar, lo que conlleva, a no dudar, la existencia de lazos afectivos y la cohabitación, que son de conocimiento por la sociedad que los rodea; también se requiere que esa convivencia sea de carácter permanente, vale decir, que la vida en pareja sea constante y continua; no pasajera u ocasional. Y singular, esto es que los miembros de la pareja no deben reunir simultáneamente relaciones maritales paralelas.

En este caso, el demandante pretende que se declare la existencia de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; de igual forma solicitó la disolución y liquidación de dicha sociedad patrimonial.

En efecto, en la Escritura Pública No. 2087, de 18 de julio del 2005, GUILLERMO CARLOS HERNANDEZ ZAMBRANO y GEOMARY PACHECO BELEÑO, tienen la calidad de compradores, y en la misma, hacen constar que su estado civil es “...solteros con unión marital de hecho permanente, por más de dos años...” (Fl. 18), así mismo, en el interrogatorio de parte que rinde el señor Guillermo Hernández, el 18 de octubre de 2011, manifiesta, que tenía 15 años “... de estar viviendo con...” Geomary Pacheco, asegura ser soltero, y en “...unión libre con Dannis Fabiola Zapateiro, tengo 2 hijos, Gobli y Keilin ambos menores...” (Fl. 56); sin duda, ellos mismos ante estos actos públicos y privados reconocen la existencia de la Unión Marital de Hecho; también, el testimonio de Alfonso Enrique Meléndez Sarmiento, da cuenta de que ciertamente entre Geomary Pacheco y Guillermo Hernández se conformó una unión marital de hecho, por cuanto fueron vecinos “... por más de diez años...”, y manifiesta que para junio de 2010 estaban conviviendo, pues para el momento realizaba labores en la residencia de los señores Pacheco-Hernández (Fls. 51-52). Ocurre lo mismo con el testimonio de la hija de las partes, Keilyn Esteisy Hernández Pacheco, quien declara que la unión se inició en 1991, hasta mayo del 2007, vale decir, por más tiempo del que exige por la Ley 54 de 1990, y asegura que sus padres se separaron “...después de una golpiza que le propino...” Guillermo a Geomary, “... el 13 de mayo de 2007, el cual estuvimos presentes mis hermanos y yo e intervenimos y también salimos lastimados por él, ese día como otras veces anteriores, recurrimos a la policía...”, agrega, que su padre “...tiene dos hijos los cuales ya tienen entre 3 y 2 años...” (Fls. 58-59). Este testimonio merece credibilidad, por cuanto no resulto amañado o incoherente, por el contrario, dejó ver que tenía conocimiento de la existencia de la Unión Marital de Hecho, y de su disolución. Y, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de marzo de 1981, de utilidad fáctica y conceptual, señaló:

“Si bien uno de los declarantes resulta ser pariente de la demandante, respecto del cual pudiera considerarse que se encuentra en circunstancias que afectan su imparcialidad, tiene dicho la doctrina de la Corte que “no se puede subestimar que en estas causas son los parientes de los cónyuges los que generalmente se encuentran más cerca del desenvolvimiento de la vida conyugal y los que, por tanto, pueden percibir mejor los hechos tal como ocurrieron”.

Los planteamientos claros y razonables de los testigos, aunados, respecto de la vida en común de la pareja, no dan pie a que se dude acerca de la presencia de todos los elementos que configuran la unión

marital de hecho y la existencia de la Sociedad Patrimonial. No obstante, para la Sala la fecha de terminación de la Unión Marital de Hecho, que manifiesta Keilyn Hernández en la declaración testimonial, coincide con la diligencia de conciliación, aportada con la contestación de la demanda, presentada el 30 de julio del 2007, ante la Fiscalía 28 Local, que coadyuva a esclarecer que la unión cuyo reconocimiento se pretende, tuvo lugar, pero que la misma terminó en el mismo año, pues al momento de realizarla, las partes no convivían y residían en lugares distintos (Fl. 37) , esta circunstancia también puede verse demostrada con la denuncia formulada, el 24 de julio de 2007, ante la Fiscalía General de la Nación-Casa de Justicia Simón Bolívar, por Geomary Pacheco, en contra de Guillermo Hernández, en donde la denunciante manifiesta que la violencia del señor Hernández “...es reiterativa con toda su familia e hijos..., el 13 de mayo, llegamos a la casa y él estaba borracho y empezó con los insultos..., me empujó y caí golpeándome...” y expresa que no desea “... tener más nada con el...” (Fls. 38-39). Además, existen dos medidas de protección solicitadas por Geomary Pacheco, ante la Comisaria Cuarta de Familia, con el objeto de “...evitar que se repitan los actos de violencia, maltrato y agresión que ejerce sobre...” ella, el señor Guillermo Hernández, presentadas el 27 de Agosto y 14 de mayo del 2007 (Fls. 41 y 44). Documentos estos amparados por la presunción de autenticidad prevista en el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, ya que la acción de este proceso se ejerció en el 2011.

Además, para esta época ya se evidenciaba la falta de singularidad en la relación marital aquí referida, pues reitérase el demandante, convive con otra señora con quien procreó 2 hijos que tenían 2 y 3 años en el 2011.

De otra parte, la demandada propone la excepción de mérito “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”, establecida en el artículo 8 de la Ley 54 de 1990, la cual expresa que “Las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros”.

En este sentido, es necesario precisar la diferencia legal de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, la sociedad patrimonial, y su disolución liquidación; así las cosas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 11 de marzo del 2009, Expediente 85001-3184-001-2002-00197-01, señala:

“...la acción declarativa de la unión marital, procura la certidumbre de su existencia por demostración plena de sus presupuestos objetivos, o sea, la convivencia more uxorio, comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones sexuales, ayuda, socorro mutuo y affectio marital, genera efectos para los compañeros permanentes proyectados en derechos y obligaciones análogos a los del matrimonio, en su situación individual, familiar y estado civil (artículo 1º, Ley 54 de 1990)...”.

“... la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial, estricto sensu, concierne a un aspecto económico, está orientada al reconocimiento de su certeza, “se presume”, “y hay lugar a declararla judicialmente” cuando exista unión marital de hecho “ por un lapso no inferior a dos años e impedimento para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedad conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”, siendo esa la causal de impedimento.

“...para la Corte, la acción declarativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en cuanto refiere al estado civil es imprescriptible, en tanto que, la concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible. Así, cuando además de la existencia de la unión marital, se pretenda la de la sociedad patrimonial o, su disolución y liquidación, la acción, a propósito de los efectos económicos o patrimoniales, está sujeta a prescripción, más no respecto del estado civil”.

“Adviértase, entonces que la acción judicial tendiente a la declaración de la unión marital de hecho, podrá ejercerse durante su existencia, aún unidos los compañeros permanentes y, por ende, antes de su terminación o después de ésta y es imprescriptible en lo relativo al estado civil”.

“Contrario sensu, “el derecho a pedir la disolución y liquidación, ministerio legis, nace cuando fenece la sociedad patrimonial, no así cuando se declara que ella existió” (cas. civ. 1º de junio de 2005, [SC-108-2005], exp. 7921), sino con “la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros”, situaciones objetivas desde cuya ocurrencia, puede ejercerse la acción y computa el plazo prescriptivo (artículo 8º, Ley 54 de 1990”).

Estas pruebas, valoradas individualmente y en conjunto, permiten ver demostrado que si bien el demandante y demandada, convivieron en unión libre por un lapso superior a los dos (2) años que exige la Ley 54 de 1990 para la configuración de este tipo de sociedad marital, confluendo en dicha relación los requisitos de temporalidad, existencia de comunidad de vida y singularidad antes mencionados, permiten arribar a la conclusión de declararse constituida la Unión Marital de Hecho, hasta el 2007; y la prescripción de la Sociedad Patrimonial, por efectos del tiempo transcurrido desde la separación de los compañeros permanentes hasta el momento que se ejerció la acción, que superó el año, conforme lo previene el artículo 8º de la Ley 54 de 1990.

Ciertamente, debido a que la separación del actor y la señora Pacheco Beleño sobrevino en el año 2007, tal cual se ve demostrado, para la fecha de presentación de la demanda, que fue el 22 de febrero de 2011, el año previsto había transcurrido lo suficiente, extinguiéndose ese eventual derecho.

Así las cosas, la excepción de mérito, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”, propuesta por la demandada, hallo demostración, lo que conlleva a conceder la pretensión de la demanda, en el sentido de declarar la existencia de la Unión Marital de Hecho entre los compañeros permanentes GUILLERMO CARLOS HERNANDEZ ZAMBRANO y GEOMARY PACHECO BELEÑO y la prescripción de las Sociedad Patrimonial, y en consecuencia modificar la sentencia impugnada.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 1º, 2º y 8º Ley 54 de 1990, artículo 42 Const. Pol., Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 11 de marzo del 2009, Expediente 85001-3184-001-2002-00197-01.

DEMANDANTE: Guillermo Carlos Hernández Zambrano

DEMANDADO: Geomary Pacheco Beleño

FECHA: Julio 8 de 2013

RADICACIÓN: 00007-2013F

DECISIÓN: Revoca Sentencia. Declara probada excepción de prescripción de la acción.

2. SALA LABORAL

BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-Le resultan aplicables las normas del Acuerdo 049 de 1990/**TRABAJADORES INDEPENDIENTES-**Forma de contabilizar las cotizaciones/**PAGO DE APORTES-** A la entidad administradora corresponde imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999/**COTIZACIONES EN MORA-**Su pago no tiene efectos retroactivos

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, con aplicación del régimen de transición, al considerar que como trabajador independientes son válidas las cotizaciones atrasadas en mora que canceló con miras a obtener efectos retroactivas en las semanas requeridas por la ley.

Extractos: “Ahora bien, como quiera que lo que ofrece discusión en ésta instancia son las cotizaciones efectuadas por el actor en calidad de trabajador independiente, pasa la Sala en primer lugar a analizar las normas que contemplan la forma en que dichas personas debe efectuar sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensión.

Sea preciso recordar que los trabajadores independientes se consideran afiliados ‘obligatorios’ al Sistema General de Pensiones, previsto como parte del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, sólo a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), pues, hasta ese momento, se les tenía como afiliados ‘voluntarios’, conforme al tenor del artículo 15 de la mentada Ley 100 de 1993.

Es preciso indicar que el artículo 20 del Decreto 692 de 1994, derogado por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, y posteriormente el Decreto 1406 del 28 de julio de 1999, han regulado todo lo concerniente al pago de las cotizaciones de los trabajadores independientes, disponiendo la última de ellas que es la vigente, en su artículo 35, que dice:

“Artículo 35. Declaración de novedades y pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente.

(...)

Del anterior texto legal se infiere que el querer del legislador al disponer expresamente “por períodos mensuales y en forma anticipada”, no es otro, sino el que las cotizaciones pagadas por los trabajadores independientes surtan efectos hacia el futuro, pues nótese que particularmente se dispuso: *“las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”*, lo que significa que el caso de los trabajadores independientes no se pueden reportar novedades retroactivas.

Refuerza tal entendimiento, lo esgrimido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **del 5 de diciembre de 2006, Rad. 26.728 M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz**, en la que se dijo:

“
(...)

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse ‘extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

(...)

Importa a la Corte destacar que precisamente el artículo 21 del Decreto 1818 de 1996, que invoca la censura, pero que también fue derogado por el artículo 61 del Decreto 1406 de 1999, reiteraba lo antes señalado en el sentido de que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes, fuera de

hacerse mensualmente, debían cumplirse anticipadamente, de suerte que, en suma, tanto antes como ahora, ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos, de donde se infiere que a la entidad administradora corresponde, en consecuencia, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata hoy el Decreto 1406 de 1999, en el que se ha dicho se vuelve a reiterar el anterior criterio legal (.....)

El anterior criterio ha sido reiterado en sentencias más recientes, como en la de fecha 21 de febrero de 2012, Rad. 36648 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que dijo:

(...)
*Así, el trabajador independiente se constituye en el interesado directo del aporte de sus cotizaciones al sistema de pensiones, para que en el evento de presentarse la contingencia, la entidad encargada a la que se encuentre afiliado, le conceda las acreencias que le puedan corresponder. Por ello, esos trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte “por períodos mensuales y en forma anticipada”, **por lo que las “novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”, de donde se colige sin duda alguna, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados, no surten efecto retroactivo.***

(...)
*Ahora, frente al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el sentenciador de segundo grado no incurrió en el quebranto inferido por el recurrente, pues partiendo del hecho fáctico admitido que los aportes por los períodos de <enero de 1995 a febrero de 1996 se pagaron el 23 de mayo de 2006>, y los de <enero y febrero de 1997 se sufragaron el 26 de mayo y el 3 de junio de 2005> respectivamente, y que se trataba de un trabajador independiente, **coligió que no se contabilizarían tales semanas para acceder a la pensión con base en 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 6º años de edad, por haberse pagado extemporáneamente, inferencia acorde con el criterio jurisprudencial según el cual “ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos”, por lo que la entidad “administradora deberá imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999” (radicación 35467 del 18 de agosto de 2010)***

(...)

Descendiendo al caso sub examine, se observa que el actor insiste en que deben tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez, los ciclos que cotizó como independiente **del 09 al 12 de 1999, del 01 al 12 del 2000 y del 01 al 03 de 2001** y que estima el I.S.S convalidó con el pago con los intereses moratorios.

Examinando el expediente, encuentra la Sala que en efecto a folios 25 a 42, aparecen unos formularios de “Autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral”, en los que se observa que el actor cotizó en calidad de trabajador independiente para los siguientes períodos de cotización: 1999/09, 1999/10, 1999/11, 1999/12, 2000/01, 2000/02, 2000/03, 2000/04, 2000/05, 2000/06, 2000/07, 2000/08, 2000/09, 2000/10, 2000/11, 2000/12, 2001/01, 2001/02 y 2001/03, frente a los cuales además le aparece registrada la respectiva cotización junto con el pago del interés de mora.

No obstante lo anterior, llama la atención a la Sala que todos los formularios, o mejor todos esos períodos de cotización registran la misma fecha de pago, que según el sello de la entidad bancaria lo fue el día **5 de agosto de 2008 y que así se reporta en la casilla No. 14 del “detalle de pago”,** calenda que resulta posterior en más de 7 años a los ciclos reportados, e inclusive muchísimo tiempo después del cumplimiento de la edad **(10 de diciembre de 2003)**

Por lo tanto, atendiendo la norma arriba mencionada, como los precedentes jurisprudenciales reseñados, tenemos que aún cuando esas cotizaciones no se reputen inválidas ni en “mora” como erróneamente lo

consideró el A-quo, las mismas sólo surten efectos hacia el futuro desde la fecha de su pago, de donde se infiere que a la entidad administradora corresponde en consecuencia, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999, que para el presente asunto no es materia de debate, por tanto, el Tribunal no abordará su estudio.

Es por ello, que tales aportes no pueden de ninguna manera computarse retroactivamente como lo pretende el demandante, lo cual quiere decir que muy a pesar de que el actor haya declarado en dichos formularios estar cotizando para unos períodos anteriores a la fecha de su pago, por ministerio de la Ley no se pueden tener en cuenta para la sumatoria de las semanas cotizadas en los ciclos ya anotados de los años 1999, 2000 y 2001, lo que se refuerza con la observación que el I.S.S. coloca en la casilla No. 12 del “detalle de pagos efectuados” de “pago vencido como trabajador independiente”.

Tampoco sirve de argumento el hecho de que estuviera realizando el pago del aporte por concepto de intereses moratorios, en atención a que los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 no prevén la aplicación de sanciones moratorias, ni la posibilidad de ejercer en contra de los trabajadores independientes acciones de cobro por parte de las entidades administradoras del sistema, lo que quiere decir que su pago no convalida dichos aportes.

En efecto, tal disposición es reproducida por el artículo 28 del Decreto 692 de 1994, cuando dice: “Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”.

Sea preciso aclarar que en éste caso, a diferencia de otros que en oportunidades anteriores han ocupado la atención de la Sala, no puede aplicarse el principio de la buena fe en su dimensión de confianza legítima en atención a que el actor en una única fecha **<5 de agosto de 2008>** procedió a pagar los aportes correspondientes a unos períodos del año 1999, a todo el año 2000 y unos ciclos del 2001, lo que descarta que se le hubiera creado alguna expectativa legítima para el cómputo de dichas semanas, máxime – se insiste – en que es la propia Ley la que determina la no retroactividad de las novedades y que los pagos se entienden hechos hacia el futuro por ser su pago anticipado.

Sobre el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, es dable traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional vertida en la sentencia **T-566 de 2009**, donde expresó:

“(…) Específicamente, el principio de respeto por el acto propio conlleva el deber para la administración de actuar, en sus relaciones jurídicas con los particulares, de manera consecuente con sus conductas precedentes, de tal forma que no sorprenda a los administrados con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas.

(.....)
La Sala debe precisar, que la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior.

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

(...)

Como en el caso bajo examen lo períodos **del 09 al 12 de 1999, del 01 al 12 del 2002 y del 01 al 03 de 2001**, con los que el actor estimaba alcanzaba a reunir las 500 semanas en el lapso comprendido entre el 10 de diciembre de 1983 y el 10 de diciembre de 2003, esto es, dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, no pueden computarse retroactivamente dado que su pago se efectuó el 5 de agosto de 2008, y por ende no hay lugar al reconocimiento de la pensión deprecada, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los motivos expuestos por ésta Sala.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, Artículos 23, 24 y 36 de la Ley 100 de 1.993, Artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, Sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de fecha 5 de diciembre de 2006, Rad. 26.728⁴, y del 21 de febrero de 2012, Rad. 36648⁵ y Sentencia de la Corte Constitucional T-566 de 2009.

FECHA: Julio 10 de 2013

DEMANDANTE: Tito Vivas Porras

DEMANDADO: Instituto De Seguros Sociales En Liquidación – Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-006-2012-00088-01/ **49.418-A**

DECISIÓN: Confirma decisión por los motivos expuestos en esta providencia.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Requisitos legales/Causación del derecho/Legitimados para su reclamo/ **INTERESES MORATORIOS-**Desde cuando se deben/**PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS PENSIONALES A MENORES DE EDAD-**Legislación Aplicable

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA

Causa fáctica: En el presente caso, solicitan las accionantes en calidad de cónyuge e hijas el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por causa de la muerte del causante, alegando la aplicación del régimen de transición y el principio de la condición más beneficiosa.

Extractos: “De acuerdo con las pruebas allegadas al plenario se encuentra acreditado la calidad de cónyuge de la señora Marilyn Muñoz Quiroz y de hijas menores de Celinda del Carmen y Michelle Katherine Fontalvo Muñoz respecto del causante señor Juan Fontalvo Acosta, quienes a la fecha de la presentación de la demanda <febrero 24 de 2012> contaban con 15 y 14 años respectivamente (fl. 12 y 13), así como también la convivencia continua e ininterrumpida de la señora Marilyn Muñoz por más de 5 años anteriores al fallecimiento.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que las demandantes ostentan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes solicitada en calidad de cónyuge e hijas menores, debiéndose entonces confirmar la sentencia de primera instancia en este sentido.

Con respecto a la pretensión por intereses moratorios, tenemos que los mismos se encuentran contemplados por el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, que a su letra señala:

“A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

De la norma anterior se desprende con claridad que los intereses moratorios proceden, frente a la mora en el pago de las mesadas pensionales, cuando la entidad que administra los fondos de pensiones no ha reconocido oportunamente el derecho pensional solicitado, así mismo la norma señala que cuando se presenta el retardo la entidad debe reconocer y pagar los mencionados intereses, así podemos concluir entonces que los intereses moratorios no se causan en forma concomitante con la pensión y por ende no

⁴ M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz

⁵ M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas

pueden reclamarse junto con ella, pues en ese momento no se han originado y en caso de producirse la entidad debe reconocerlos y pagarlos. A manera de ilustración sentencia sobre el momento a partir del cual se causan los intereses moratorios proferida por la Corte Suprema de Justicia⁶:

“En efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que los intereses se causan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, obligación del pago de tales mesadas que, surge en principio cuando el interesado cumple los requisitos legales de edad y tiempo de servicios. Pero puede ocurrir que a pesar de satisfacer esas exigencias, opte por no retirarse del servicio y seguir laborando, caso en el cual obviamente no alcanza a nacer la obligación de pago, por cuanto dicha carga de pagarla en esta hipótesis se difiere hasta el momento del retiro. Y aunque no es estrictamente necesario, por cuanto la ley contempla la posibilidad de que el empleador solicite directamente que se pensione a uno de sus trabajadores, se requiere usualmente que la persona con vocación de acceder a una pensión haga la solicitud pertinente al ente administrador y allegue la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, actuación que resulta necesaria conforme se desprende del artículo 11 del Código Procesal del Trabajo, tanto en su versión primigenia como ya en vigencia de la reforma de la Ley 712 de 2001, incluso en los términos del artículo 8º de la Ley 10 de 1972, los cuales se refieren a un procedimiento administrativo previo o a la acreditación de los requisitos que debe ser actuación realizada por el interesado y sirve para poner en marcha los trámites internos de la entidad administradora de pensiones.

“Valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y lo resaltó atinadamente el Tribunal, no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo. Todo lo expuesto permite afirmar que el Tribunal no se equivocó cuando consideró que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan desde el momento en que, vencido el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen.”

Y más adelante agregó:

“Corresponde agregar que la finalidad del artículo 141 de la Ley 100 fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados, disuadiendo las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, y por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que debe hacerse el pago y no se realiza.”

Ahora bien, en caso bajo examen tenemos que el demandante elevó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante la entidad demandada el día 23 de enero de 2012⁷, fecha para la cual ya había acaecido la muerte del causante señor Juan Fontalvo Acosta <25 de agosto de 1997>, sin que la entidad demandada se hubiese pronunciado al respecto, falta que no puede soportar las accionantes, pues el causante había dejado causado el derecho a la prestación reclamada.

⁶ S. de C. L. M. P.: Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón. Rad No.32003. Diciembre 12 de 2007.

⁷ Folios 10 y 11

Para establecer a partir de cuándo se deben los intereses moratorios, se hace necesario precisar que el artículo 1° de la Ley 717 de 2001 señala:

“**ARTÍCULO 1o.** El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”

En el presente asunto tenemos que el demandante elevó solicitud de pensión ante la entidad demandada el 23 de enero de 2012 (folios 10 y 11) venciendo los dos meses el 23 de marzo de ese mismo año, por lo que a partir del 24 de marzo del 2012, se deben los intereses moratorios a las demandantes tal como lo dispuso el a-quo, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia en este sentido.

Con respecto a los valores reconocidos y cancelados por la entidad demandada dentro de la resolución No. 000829 del 30 de marzo de 1999⁸ a favor de la demandante señora Marilin Muñoz Quiroz por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es del caso autorizar a la entidad demandada a deducir el valor cancelado de las condenas impuestas dentro de éste proveído, debiéndose adicionar la sentencia consultada en este sentido.

Procede la Sala al estudio del recurso de apelación. Solicita la parte actora en primer lugar se reforme la sentencia recurrida en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas pensionales reconocidas a favor de las hijas menores del causante Michelle Katherine y Celinda del Carmen Fontalvo Muñoz, por ser menores de edad en aplicación de los Arts. 2541 y 2530 del código civil, Art. 68 del Decreto 2820 de 1974 y circular DJN-US No. 4755 de mayo de 2003.

En lo que respecta a la suspensión de los efectos del fenómeno de la prescripción de los derechos que se encuentren en cabeza de menores de edad, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia del 15 de febrero de 2011 proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 34817, con ponencia de la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón, precisó:

“(…)

La Sala considera que la particular figura de la suspensión de los efectos extintivos de los derechos, por la inacción oportuna de los interesados, es un punto que indisolublemente va unido al tema genérico de la prescripción; en esa medida, solo ahora, a raíz de la sentencia del Tribunal que declaró probada la excepción propuesta por los demandados, puede ser objeto de debate, porque antes de dicho pronunciamiento, no era posible estimar que también comprometiera las pretensiones de los menores. Consecuentemente, no se trata de un tema nuevo vedado de examinar en el recurso extraordinario, ya que, como se dijo, está íntimamente ligado con la acción y con la contradicción.

Es indiscutible que fue con fundamento en que el proceso ordinario se instauró el 30 de julio de 2002, cuando *“había transcurrido el tiempo hábil para accionar”* que las pretensiones de dichos menores quedaron afectadas con la sentencia acusada, en la que se declaró probada la excepción de prescripción. Los menores a dicha fecha habían cumplido algo más de 10 años de edad.

Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.

⁸ Folio 17

En sentencia del 7 de abril de 2005 Rad. 24369 se reiteró lo expuesto en la del 18 de octubre de 2000 Rad. 12890 referida por la censura; allí se dijo en lo pertinente:

“La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado.

“Lo reflexionado corresponde a la doctrina sentada por la mayoría de esta Sala, entre cuyos pronunciamientos se citan el del 6 de septiembre de 1996 radicación 7565 y el del 11 de diciembre de 1998, radicación 11349, en el que se puntualizó:

“La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

“La ley laboral establece una prescripción que, frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida consecuenta con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda.

“Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del C.C. contiene un beneficio para determinadas personas, a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquél incurra no puede afectar la situación jurídica del representado”

Lo anterior implica que frente a los menores no operó el fenómeno de la prescripción en punto a los perjuicios reclamados, como sí aconteció con los demás accionantes, por lo cual prosperan los cargos. Con fundamento en lo expuesto, se casara parcialmente la sentencia acusada en este preciso aspecto, conforme al alcance subsidiario propuesto por el recurrente. (Subraya la Sala).

De acuerdo con el derrotero jurisprudencial antes reseñado, tenemos en primer lugar que las normas de nuestra legislación que desarrollan la figura de la prescripción, como lo son los el Art. 488 del C.S.T. y el Art. 151 del C.P.L. y S.S., no rigen el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos en cabeza de menores de edad, siendo entonces aplicable por analogía los Arts. 2530, 2541 y 2543 del C.C. En segundo lugar que con base en las normas civiles antes mencionadas el término prescriptivo de derechos en cabeza de menores de edad no corre, es decir se suspende por carecer estos de capacidad para actuar, debiéndosele brindar especial protección por parte del Estado a través de los operadores de justicia, suspensión que deja de operar hasta la fecha en que alcanzan la mayoría de edad.

Así las cosas, tenemos que el fenómeno prescriptivo no operó frente a los derechos reconocidos por el a quo dentro de la sentencia de primera instancia a favor de las hijas menores del causante Michelle Katerine y Celinda del Carmen Fontalvo Muñoz, teniendo en cuenta que no es objeto de discusión dentro del plenario que las mismas ostentaban la calidad de menores a la fecha en que se efectuó la presentación

personal de demanda <24 de febrero de 2012>, tal como se desprende de los registros civiles de nacimiento allegados al plenario (folios 12 y 13), por lo que deberá declararse no probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales reconocidas a favor de las hijas menores del causante antes mencionadas representadas dentro del proceso por su madre señora Marilyn Muñoz Quiroz, debiéndosele reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de agosto de 1997 fecha en que acaeció la muerte del causante señor Juan Fontalvo Acosta y no a partir del 23 de enero de 2009 como lo dispuso el a-quo dentro de la sentencia recurrida.

Con respecto a la declaratoria de prescripción hechas por el a-quo frente a las pretensiones de la cónyuge del causante señora Marilyn Muñoz, la Sala no entrara al análisis de tal excepción por no haber sido objeto de inconformidad dentro del recurso alzada debiéndose entonces confirmar la sentencia de primera instancia en este sentido.

Por otro lado solicita la parte actora se tenga por no contestada la demanda, argumentando que la entidad no allegó al plenario el resumen de semanas cotizadas correspondientes al causante Juan Fontalvo Acosta sino de el señor Ruperto Antonio Henríquez Pérez quien nada tiene que ver dentro del proceso, solicitud hecha por el a-quo mediante auto del 1° de junio de 2012, con el fin de que subsanara la deficiencia que adolecía la contestación de la demanda. Para la Sala no es de recibo tal pretensión, teniendo en cuenta que tal situación fue analizada por el a-quo mediante proveído del 19 de abril de 2012 (folio 71), dentro del cual dispuso admitir la contestación de la demanda por reunir los requisitos de que trata el Art. 31 del C.P.T. y S.S., sin que la parte actora hubiese hecho objeción alguna al respecto dentro del término legal encontrándose en firme tal decisión, por lo que mal podría la Sala analizar tal pedimento en esta instancia del proceso.

Así las cosas, se reformara los numerales 1° y 2° de la sentencia apelada en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales reconocidas a favor de las hijas menores del causante Michelle Katherine y Celinda del Carmen Fontalvo Muñoz, y de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de agosto de 1997 con respecto a las hijas menores del causante.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 36 y 21 Ley 100 de 1993, Artículo 50 del C.P.L. y S.S.

FECHA: Junio 19 de 2013

DEMANDANTE: Marilyn Muñoz Quiroz Y Otros

DEMANDADO: Instituto De Seguros Sociales.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-013-2012-0064-01 (48.648/12.038-A)

DECISIÓN: Modifica decisión de primera instancia. Ordena reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a menores de edad.

TRANSACCIÓN- No es posible realizarla sobre derechos mínimos del trabajador/
EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA- Improcedencia/**CLÁUSULA INEFICAZ-**Se predica que toda aquella que vulnera derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, se pretende que se declare a favor del demandado la excepción de cosa juzgada, al considerar que los valores reclamados en sede judicial fueron cancelados a través de contrato de transacción celebrado con el trabajador respecto de la extemporaneidad en el pago de sus prestaciones sociales y la consignación del auxilio de cesantías.

Extractos: “Pretende la demandante que se condene a la empresa demandada TRANSCOM S.A, a pagar salarios moratorios por el no pago oportuno de las prestaciones sociales,<Art. 65 C.ST>, y por no consignar al fondo de cesantías en la oportunidad legal, las cesantías correspondientes de los años 2.009 y 2.010 tal como lo preceptúa el artículo 99 de la ley 50/99.

Por su parte, el juez de primer grado al proferir sentencia dispuso declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, al considerar que las pretensiones de la demanda habían sido objeto de transacción por las partes a fin de evitar un conflicto eventual, razón por la cual resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

A su turno, el procurador judicial del accionante al proponer su alzada manifestó no estar de acuerdo con la sentencia de primera instancia, por cuanto la parte demandada no contestó la demanda de manera oportuna, y en virtud de ello solicitó se enviara el expediente a esta Corporación para que se surtiera la apelación.

Pues bien, sobre el particular es preciso indicar que si bien en principio es cierto que la entidad accionada en la presente Litis contestó la demanda de manera extemporánea, y por ello ciertamente el a-quo la tuvo por no contestada, no decretando las pruebas documentales por ella aportadas, también lo es, que el juez procedió de oficio a tener como pruebas tales documentos, y entre ellos el Acuerdo Transaccional obrante a folios 41 y 42 del plenario, decisión contra la cual el procurador judicial de la demandante no presentó reparo alguno, ni tampoco hizo uso de los recursos de ley, permitiéndose por éste el cierre del debate probatorio, el cual no puede ser reabierto en esta instancia procesal, pues resultaría extemporáneo para los fines procesales poner en tela de juicio el decreto de pruebas que en la oportunidad legal no fue cuestionado por quien tenía interés en ello.

De la Excepción de Cosa Juzgada

Sentado lo anterior y sobre la declaratoria oficiosa que de la excepción de cosa juzgada hiciera el a-quo, estima esta Sala que el funcionario actuó en principio en uso de sus facultades legales, dado que es por expresa disposición legal que se permite al operador judicial declarar de manera oficiosa los hechos que constituyen una excepción, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. En efecto el artículo 306 del C.P.C, aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa preceptúa que “*Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*”. Es decir, se itera, el juez actuó en estricto cumplimiento de una disposición legal que le permitía desempeñar la facultad de declaratoria oficiosa de excepciones, lo otro es que desde el punto de vista sustancial o material estuvieran ajustadas a derecho, cuestión que es la que necesariamente tiene la Sala que entrar a dilucidar.

Ahora bien, dentro del plenario logró acreditarse la configuración de la excepción de cosa juzgada con relación a la petición de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, y aunque objetivamente en la transacción que sirve de instrumento para su declaratoria no hubo reconocimientos económicos adicionales a los de Ley al trabajador por parte de la empresa demandada, sino que lo que se pactó esencialmente fue el pago fraccionado de sus derechos laborales, lo cierto es que en el acuerdo transaccional suscrito entre las partes se transaron, entre otras, las que ahora son pretensiones de la presente demanda, al estipularse en el artículo 1° del citado acuerdo que : “ *Teniendo expresamente facultad para conciliar, hemos llegado a un acuerdo conciliatorio sobre los derechos del reclamantes, asíó como por los reclamos y/o conflictos por tiempos de servicio, salarios, reajustes de salario [...] cesantías definitivas, consignaciones de saldos anuales de cesantías en el fondo de cesantías, indemnización moratoria*

por falta de consignación por consignación inoportuna o por consignación incompleta de los saldos anuales de cesantías en el fondo de cesantías, pagos parciales de cesantías [...] primas y prestaciones extralegales, indemnización por falta de pago o salarios caídos del artículo 65 del C.S.T [...]"; esto mediante el pago de una suma de dinero que comprendía el reconocimiento de sus prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo incluida la indemnización por despido injusto y las cesantías adeudadas de los años 2009 y 2010, (Ver folios 5, 41 y 42), transándose el monto total adeudado de \$ 4.688.362 en pagos parciales de tres (3) cuotas debido a consideraciones ajenas a la voluntad de la demandada. Siendo preciso anotar que la *transacción* es una de las maneras más eficaces de precaver conflictos laborales, cuyo fundamento es la necesidad del Estado de conseguir un arreglo amigable, rápido y justo, y siendo su definición en el estatuto civil como aquel contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, <Art. 2469 C.C>, y conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia –Sala Civil-, en sentencia del 6 de Mayo de 1966 en que estableció que no es un contrato solemne, sino simplemente consensual, salvo que afecte bienes raíces, el cual se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes y puede ser comprobado por cualquier medio probatorio.

Además, en el artículo tercero del acuerdo al disponerse sobre los efectos de la transacción se estableció que: “ *el presente compromiso hace tránsito a cosa juzgada de última instancia e implica que se está de acuerdo con todos los términos aquí indicados, que produce efectos frente a TRANSCOM, así como la renuncia a cualquiera acción y reclamo judicial o extra judicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica de las partes*”

Es de resaltar, que el contenido del acuerdo transaccional sobre la sanción del artículo 65 del C.S.T , se ajusta a lo que sobre el particular ha reglado el artículo 15 del C.S.T el cual señala que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, Ello debido a que ese derecho en manera alguna reviste el carácter de derecho cierto o irrenunciable, por cuanto no se trata de una prestación social en sí misma, sino de una penalidad por el incumplimiento de la obligación que recaía en cabeza del empleador, y que no es automática e inexorable por cuanto hay que analizar razones que invoque el empleador para su exoneración por no actuar de mala fe en el reconocimiento tardío o incompleto de los derechos laborales. Y que en efecto, su contenido hace tránsito a cosa juzgada tal como lo establece el artículo 2983 del Código Civil, pues la oferta realizada por el convocado a juicio en su condición de empleador no puede calificarse por sí misma como una fuerza de coacción o de violencia ejercida contra la contraparte, por lo que consecuentemente la **transacción** así celebrada produce efectos de cosa juzgada, la que no puede ser modificada por decisión alguna, pues ella es obligatoria, inmutable y definitiva.

Aunado a ello, es preciso anotar que es propio de la transacción que las partes se hagan mutuas concesiones, determinando en el acto los derechos que están dispuestos a ceder. Es así que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, Sentencia 19 de Noviembre de 1959 señaló:

“Es de la esencia de la transacción que las partes se hagan mutuas concesiones, esto es, que cada una pierda parte del derecho que cree tener. Si el acto se limita a reconocer derechos a una sola de las partes o a renunciar a los que no se disputan, no hay transacción”

No obstante, lo anterior no puede predicarse con el mismo grado de razonabilidad y legalidad con relación a la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo respectivo, consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de de la ley 50 de 1990, disposición de carácter legal, que es de orden público, imperativa e irrenunciable. En efecto, no es posible mediante un acuerdo de voluntades entre las partes relevar al empleador de una obligación que le es propia y frente a la cual no es el trabajador el autorizado para exonerar de esta manera a su empleador de los compromisos u obligaciones que el legislador previó para el sistema de recaudo y consignación de cesantías de los

trabajadores del país en los fondos autorizados para ello; pues precisamente la irrenunciabilidad de estos derechos, la cual desarrolla el principio protector en materia laboral, y limita el principio de la autonomía de la voluntad propia del derecho privado, no permite hacer concesiones frente aquellos derechos en los cuales el trabajador está imposibilitado de privarse. Es más, tales cláusulas resultan ineficaces al tenor de lo dispuesto por el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto desmejoran la situación del trabajador en relación con las estipulaciones o condiciones establecidas por la legislación del trabajo, que resultan más favorables a sus intereses y frente a las cuales el trabajador optó por ceder aun cuando los mismos, se itera, revisten el carácter de ciertos e indiscutibles por su expresa consagración legal y su pluricitada irrenunciabilidad.

Y es que ciertamente, como se afirmó anteriormente, en un contrato de transacción las partes pueden transar sus derechos y realizar mutuas concesiones, las cuales implican que ambas deben ceder en sus derechos u obtener beneficios, lo que no ocurre en el acto de conciliación en la cual es posible que una de las partes se pliegue totalmente a las pretensiones de la otra, sin embargo, ello no conlleva la renuncia a derechos que le asisten y frente a los cuales le está prohibido privarse al trabajador. Así lo ha sostenido la Honorable Sala de Casación Laboral, extinta Sección Segunda, sentencia del 6 de Julio de 1992, Radicación 4624, quien sobre el particular señaló:

“[...] La conciliación tiene origen en el derecho internacional público, mientras que la transacción se inspira en la tradición contractual del derecho privado. La conciliación es una instancia oficial, judicial o prejudicial, para llegar a un acuerdo amigable, en tanto que la transacción es contrato.

Por sus efectos, tanto la conciliación como la transacción se les conceden por ley los de cosa juzgada, sin perjuicio de lo efectos contractuales de la segunda. Por la materia, ambas figuras encuentran su ámbito de aplicación conforme a las prescripciones de la ley, sin embargo, se suelen limitar los asuntos objeto de transacción “en cuanto estos conciernan al interés público (artículos 2472.2473 y 2474 del Código Civil), por el carácter privado de esa modalidad contractual; en tanto que la conciliación ha sido autorizada como instancia oficial, indistintamente para asuntos de naturaleza privada o mixta (laboral, familia, contenciosa administrativa, civil), con fundamento en las conveniencias sociales que inspiran existencia, como actuación no litigiosa. En la conciliación como instancia oficial que es, funge como conciliador un funcionario público o particular transitoriamente investido de esa función oficial, quien no necesariamente debe tener la categoría de juez o magistrado; en la transacción, como contrato que es, solo actúan en principio las partes.

Como criterio de deslinde de fondo, quizá la única diferencia perceptible reside en que el elemento sustancial de la transacción es la renuncia recíproca a las pretensiones en aras de arreglo, lo que no ocurre necesariamente en la modalidad que la ley denomina conciliación, pues en ésta es posible que una de las parte se pliegue íntegramente a la pretensiones de otra [...]”

Examinado concretamente el asunto que concita la atención de la Sala, a la luz de la línea jurisprudencial trazada por nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se observa que en el Acuerdo transaccional no se efectuaron mutuas concesiones por cuanto lo que fue objeto de transacción no trajo para el trabajador un beneficio mayor a los derechos que por ley le correspondían, esto es, el valor de las cesantías correspondientes a los años 2009 y 2010 y la liquidación definitiva de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato; y por el contrario, debió renunciar a otros derechos que también le asistían, sin que se observe por la Sala que el empleador haya renunciado a alguno de sus beneficios, sino que por el contrario moderó los efectos de ese acuerdo a lo que era de su conveniencia, al establecer por razones ajenas a su voluntad las formas en que los derechos del trabajador se cancelarían en un tiempo posterior y fraccionadamente.

Relevándose, que cuando se pacta entre los sujetos de la relación laboral esta clase de contratos de transacción, la función de la jurisdicción laboral es más exigente en su control y tutela jurídica hacia el trabajador, pues como ocurre con frecuencia, que al no estar representado el subordinado en esa clase de actos a través de un profesional del derecho, pueda ante la necesidad que lo agobia firmar cualquier estipulación que lo afecte frente a sus derechos mínimos e irrenunciables, situación que es la que se trata de enmendar o proteger en el proceso judicial, declarándose ineficaces aquellas cláusulas que violen o restrinjan los derechos de los trabajadores.

Claro es entonces, que al ser ineficaz las cláusula que transó un derecho cierto e indiscutible como lo era la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías en el fondo respectivo, es como si las partes jamás la hubiesen suscrito, razón por la cual no es procedente la declaratoria de la excepción de cosa juzgada con relación a ese punto, y estima procedente la Sala entrar a su análisis.

De la Indemnización Moratoria por la No Consignación Oportuna de la Cesantías.

El numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que “el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo “

En el sub examine se observa que no fueron consignadas oportunamente al fondo correspondiente el valor de las cesantías de los años 2009 y 2010, las cuales fueron canceladas al trabajador producto del acuerdo transaccional aun cuando como se expuso estos por expreso mandato legal le asistían al trabajador, razón por la cual hay lugar entonces a condenar a la accionada al pago de la indemnización así:

Cesantías Año 2009

Salario Mensual: \$ 998.182

Salario Diario: \$ 33.272

Tiempo de Mora: del 15 de Febrero de 2010 al 14 de Febrero de 2011: 360 días

Valor: \$ 11.977.920

Cesantías 2010

Salario Mensual: \$ 900.467

Salario Diario: \$ 30.015

Tiempo de Mora: 15 de Febrero de 2011 a 25 de Julio de 2011 (fecha de pago cesantías) = 160 días

Valor: \$4.802.400

TOTAL INDEMNIZACIÓN= \$ 16.780.320

(...)

En síntesis, de las reflexiones precedentes llegamos a la conclusión insoslayable que le asiste el derecho al demandante a reclamar la indemnización moratoria reclamada por la no consignación oportuna de las cesantías, razón por la cual se revocará el numeral 1° de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, respecto a la citada indemnización, para en su lugar condenar a la demandada a su reconocimiento y pago en cuantía de \$ 16.780.320, confirmando en todo lo demás la sentencia impugnada.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 2483, 2469, del Código Civil, Artículo 340 C.P.C., Artículo 15 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia Sentencia del 19 de Noviembre de 1959, Artículo 43 Código Sustantivo del Trabajo y Honorable Sala de Casación Laboral, extinta Sección Segunda, sentencia del 6 de Julio de 1992, Radicación 4624.

FECHA: Junio 7 de 2013

DEMANDANTE: Ricardo Jesús Garrido Llanos

DEMANDADO: Transcom Colombia S.A

RADICACIÓN: 08001-31-05-009-2012-000398-00/Interno No: 48.963 - A.

DECISIÓN: Revoca numeral 1° sentencia de primera instancia. Declara no probada excepción de cosa juzgada. Condena al pago de la indemnización moratoria al empleador.

3. SALA PENAL

CARGA DE LA PRUEBA-En materia penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación/**SENTENCIA CONDENATORIA**- Requisitos legales para su proferimiento/**PREVARICATO POR ACCIÓN**-Ausencia de consumación/Falta de dolo en la conducta

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se procesa como presunta autora del delito de prevaricato por acción a una Juez Civil Municipal de Soledad, en razón al desarrollo de procesos de entrega del tradente al adquirente y restitución de inmueble arrendado, los cuales al ser adversos a la denunciante, fueron igualmente atacados en sede de tutela, y finalmente llevados a la órbita de la justicia penal.

Extractos: “La tesis de la Colegiatura es que el Fiscal Delegado no logró demostrar siquiera la existencia del delito de prevaricato por acción, contenido en el artículo 413 del Código Penal, al disponer que el servidor público que profiera resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la Ley, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 200 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años, para lo cual exponemos las siguientes razones:

(i) En el primero y segundo proceso se adelantaron actuaciones, cuyas pretensiones, en la primera, era la entrega del tradente al adquirente y en la segunda una acumulación de pretensiones: la entrega del tradente al adquirente y restitución de inmueble arrendado, por el no pago de los cánones de arrendamiento.

El Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, se refiere a los procesos en general, y en el Título XXII regla lo relacionado con el proceso abreviado, dentro de los cuales, se encuentran la entrega de la cosa por el tradente al adquirente-artículo 417- y en el artículo 424 regula la restitución de inmueble arrendado.

El artículo 417 citado expresa que el adquirente de un bien cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro, podrá demandar a su tradente para que le haga entrega material correspondiente.

El artículo 424 anotado, manifiesta que cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas, dentro de las cuales, se encuentra el párrafo segundo, numeral segundo que dice:

“...Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del Juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago extendidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si

fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismo períodos , a favor de aquél”.

(ii) Lo primero que observa la Judicatura es que tanto la primera como la segunda demanda, contenían la pretensión de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, no era procedente su trámite, en virtud que la señora Cándida Rodríguez Roa, tenía la tenencia del bien inmueble a raíz de un contrato de arrendamiento, para lo cual cancelaba un canon de \$400.000 pesos mensuales, y por eso, la Juez debió inadmitir esa demanda para que fuera corregida, dentro del término legal, pero como no lo hizo, le correspondía al demandado proponer la excepción previa contenida en el numeral 8º del artículo 97 del C.P.C, o sea, habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde. Sin embargo, nadie se percató de esa situación y podemos concluir que hubo un error colectivo por parte del demandante, demandado y la Juez del Conocimiento.

(iii) La acumulación de varias pretensiones y en especial la de entrega de la cosa por el tradente al adquirente y restitución de inmueble arrendado, no es procedente legalmente, ya que en última instancia, las dos pretensiones son iguales, la restitución del inmueble en manos de la anterior propietaria, pero como existe un contrato de arrendamiento, lo apropiado es seguir el trámite del artículo 424 del C.P.C.

(iv) El segundo proceso se podía adelantar, sin tener en cuenta el anterior fallo, es decir, la cosa juzgada, en atención que para que la señora Cándida Rodríguez Roa entrara nuevamente a su antigua propiedad, fue a través de un nuevo negocio jurídico, donde le dieron validez a alguna de las cláusulas contenidas en la escritura pública No. 0440 del 1º de abril de 2004, como son el pacto de retroventa y el arrendamiento del bien inmueble, con un canon de \$400.000 y sólo hubiera bastado que en esta última demanda se hubiese expresado esa nueva convención, inclusive el abogado de Cándida María, en la contestación de la demanda y refiriéndose al 5º hecho dice:

“...hace parte de una situación totalmente distinta a la que señala el demandante en forma temeraria en este proceso **y que puede ser objeto de otro proceso**, pero de este proceso no porque vuelvo y reitero este proceso ya fue definido por el despacho a su cargo en el radicado 0416/2004, sentencia proferida por usted señora Juez el día 16 de noviembre de 2004...”. (Negrillas fuera de texto).

(v) Como la señora Juez acusada aplicó el artículo 424 del C.P.C, en la fecha que el demandado propuso la excepción previa de cosa juzgada, contestación de la demanda, incluyendo la excepción de mérito de inexistencia absoluta de la obligación y el memoria de nulidad procesal insaneable, todas el mismo día, 27 de noviembre de 2008, el Juzgado le dio traslado al demandante, pero este sujeto procesal, interpuso recurso de reposición argumentando que no podía escucharse en atención al no pago de los cánones de arrendamiento, tal como lo dispone la norma citada, por consiguiente, la Juez revocó el auto y no siguió con el trámite de las peticiones realizadas, lo que hace inferir, que por negligencia no leyó los tres memoriales o siquiera uno, y por eso siguió “obstinadamente” con el procedimiento sin escuchar al demandado hasta llegar al fallo respectivo, pero la oportuna actuación de la señora Cándida María formulando tutela contra esa decisión, donde es notificada personalmente, produce el efecto esperado, aunque demasiado tarde, y por eso, decide la Juez, según su manifestación en el juicio oral, no darle cumplimiento al fallo sino esperar hasta la decisión del Tribunal Superior, Sala Civil Familia, donde ampararon el derecho de la accionante y argumentaron que existía una vía de hecho, dejando sin validez el proceso mencionado y ahora sí, la Juez decreta la terminación del proceso, por cosa juzgada.

(vi) En este contexto, podríamos sostener que objetivamente, la decisión de la Juez acusada es contraria al ordenamiento jurídico y en especial a lo estipulado en el artículo 413 del Código Penal, pero subjetivamente, no existe dolo en esta actuación, en atención: (a) que la Juez tramitó dos procesos cuyas pretensiones eran iguales, la entrega de la cosa del tradente al adquirente, y en ese, existió un error

colectivo, tanto del demandante, como del demandado y de la Juez, porque como dijimos antes, de acuerdo a la Ley no se podía tramitar ese proceso, sino el de restitución de inmueble arrendado, contenido en el artículo 424 del C.P.C.; (b) la segunda demanda era factible tramitarla como restitución de inmueble arrendado, en atención al nuevo negocio surgido entre las partes, pero por omisión del abogado demandante no se alegó como un hecho nuevo en el libelo introductorio, lo que constituyó una omisión injustificable de parte del actor; (c) la experiencia enseña que si en el 2004, la inculpada tramitó un proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente y en el 2008 le presentan uno igual, con las mismas partes y la misma causa, no era posible que se acordara, ya que en un Juzgado y según lo manifestado por ella y las copias de las estadísticas, tramitaba más de 800 procesos y la única forma de enterarse era leyendo los memoriales presentados por la demandada, pero como no la escuchó, aplicando la norma comentada, no tuvo conocimiento de la excepción de cosa juzgada y eso influyó en su decisión, sin tener la voluntad de actualizar el tipo penal del artículo 413 *ibídem*, tratando de enmendar su error al momento en que fue notificada de la tutela y (d) la mayor experiencia de la acusada Juana Aix Villacob de Blanquiceth, la tiene en Juzgados Promiscuos de los pueblos del Magdalena, donde se tramitan en mayor porcentaje, asuntos penales y por eso pudo fallar en esa actuación procesal.

(vii) En este orden fáctico, probatorio y jurídico la Judicatura encuentra que el Fiscal Delegado ante el Tribunal no acreditó que se consumara el delito de prevaricato por acción del artículo 413 del Código Penal y por consiguiente, si no existe el delito, menos podríamos entrar en el campo de la responsabilidad penal, lo que conlleva a que la Judicatura la absuelva de los cargos que le formuló la Fiscalía General de la Nación.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 413 del Código Penal, numeral 8° del artículo 97, artículo 417 y 424 C.P.C.

PROCESADO: Juana Aix Villacob De Blanquiceth

FECHA: Noviembre 8 de 2012

RADICACIÓN: 2011-00406-P-MC.

DECISIÓN: Absuelve a la procesada del delito de prevaricato por acción.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue confirmada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de fecha 26 de junio de 2013. Radicación: 40578. A continuación los apartes más importantes de la misma:

“La controversia planteada por el recurrente respecto de la decisión impugnada, se circunscribe a que mientras el Tribunal consideró que la Juez Cuarta Civil Municipal de Soledad profirió la sentencia del 13 de marzo de 2009, como resultado del acto “negligente” en que incurriera al no hacer lectura de las peticiones presentadas por la demandada el 27 de noviembre de 2008, entre ellas, la excepción previa de cosa juzgada; sumado al error al que fuera inducida por el abogado demandante, al ocultar en el libelo introductorio el nuevo negocio surgido entre las partes, asimilable a un contrato de arrendamiento; el delegado del ente acusador, por su parte, afirma que aquella decisión manifiestamente contraria a la legislación, fue emitida de manera consciente por la funcionaria judicial, para lo cual enuncia los elementos materiales probatorios a partir de los cuales resulta razonable inferir que la aquí acusada había actualizado su conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento.

(...)

Corolario de lo anteriormente reseñado, al analizar y cotejar la escritura pública No.0440, la demanda presentada el 28 de agosto de 2008, los autos del 3 de septiembre y 29 de noviembre de 2008 y 20 de febrero de 2009, con el contenido de la sentencia del 13 de marzo de 2009, obrantes a folios 216, 222, 93, 143, 195 a 197, respectivamente, evidente resulta que la aquí acusada interpretó y aplicó incorrectamente la normatividad procesal civil durante todo el trámite del proceso que adelantó bajo el radicado No. 705-2008, pues a pesar de que en el auto admisorio de la demanda ordenó tramitarla

conforme a lo previsto en el artículo 417 del C.P.C, es decir por el procedimiento de entrega del tradente al adquirente; en el auto mediante el cual rechazó por extemporánea la excepción previa de cosa juzgada, aplicó el artículo 509⁹ de la misma compilación normativa, atinente a los procesos ejecutivos; para, posteriormente, negarse a escuchar a la demandada aplicando el procedimiento consagrado para la restitución de inmueble arrendado en el artículo 424 *ibídem*; mientras, que en la sentencia del 13 de marzo de 2009, pretermitiendo la etapa probatoria, y sin tramitar o resolver las excepciones de fondo, falló conforme a la regulación contenida en el artículo 426¹⁰ *ibídem*, no obstante que en esta norma se regulan los procesos de tenencia diferentes al originado por un contrato de arrendamiento.

Lo anteriormente analizado, válidamente le permite a la Sala concluir la abierta contradicción con la normatividad que estaba obligada a cumplir, de donde se ofrece plenamente probado que el aspecto objetivo del tipo penal de prevaricato por acción se encuentra debidamente satisfecho.

Ahora bien, en cuanto al aspecto subjetivo exigido por el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, esto es, el elemento doloso, necesario resulta determinar qué había en la psiquis del agente al momento de desarrollar su comportamiento, esto es, aquello que podía haber comprendido la acusada al momento de proferir la sentencia calendada el 13 de marzo de 2009.

(...)

Bajo los parámetros trazados se tiene que, efectivamente, **JUANA AIXA VILLACOB DE BLANQUICETH** erró en la representación valorativa integral del hecho¹¹, debido a que las ideas jurídicas que elaboró para tramitar el proceso abreviado No. 705-2008 se basaron exclusivamente en los elementos fácticos contenidos en el escrito de la demanda, los cuales distorsionaban la realidad de la problemática planteada ante su despacho, por cuanto ocultaban todos aquellos hechos acontecidos en el lapso comprendido entre septiembre de 2004, mismo mes en que el señor ROBINSON ENRIQUE ROMERO ZAMORA formuló la primera demanda contra la señora CÁNDIDA MARÍA RODRÍGUEZ alegando incumplimiento del pacto de retroventa, y el mes de agosto de 2008, momento para el cual ésta si bien había sido desalojada de la casa objeto de venta, se encontraba viviendo nuevamente en ella a título de arrendataria, gracias a que con la ayuda del tercero, señor LUIS HERNÁNDEZ VIANDA, logró efectuar un acuerdo de pago con el demandante.

(...)

⁹ARTÍCULO 509. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE. En el proceso ejecutivo pueden proponerse las siguientes excepciones:

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden. Al escrito deberá acompañarse los documentos relacionados con aquéllas y solicitarse las demás pruebas que se pretenda hacer valer.

2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición.

Los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar; o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días, para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios. El auto que revoque el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto diferido, salvo en el caso de haberse declarado la excepción de falta de competencia, que no es apelable.

¹⁰ARTÍCULO 426. OTROS PROCESOS DE RESTITUCION DE TENENCIA. Lo dispuesto en el artículo precedente <425> se aplicará a la restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, lo mismo que a la solicitada por el adquirente que no esté obligado a respetar el arriendo.

También se aplicará lo pertinente, a la demanda del arrendatario para que el arrendador le reciba la cosa arrendada. En este caso, si la sentencia fuere favorable al demandante y el demandado no concurre a recibir la cosa el día de la diligencia, el juez la entregará a un secuestre, para su custodia hasta la entrega a aquél, a cuyo cargo correrán los gastos de secuestro.

La demanda de restitución de bienes muebles, da derecho al secuestro previo de ellos, siempre que se preste caución que garantice los perjuicios que puedan causarse.

¹¹ No es posible tener una imagen delictiva dolosa plena, sino están presentes en el plano objetivo todas y cada una de las características del proceso criminal, y sin que los elementos del hecho se hayan reproducido en el ámbito subjetivo del autor, pues “Tan solo podrá hablarse de un hecho doloso consumado cuando la representación que el autor tiene del suceso criminal con el acontecimiento delictivo”. MAURACH, REINHART, Tratado de derecho penal, Vol.I, Editorial Ariel, 1962, página 331

Sumado a que en el desarrollo del juicio oral el delegado de la Fiscalía se enfocó a desvirtuar la existencia de un error excluyente del dolo, contrainterrogó a la acusada sobre el conocimiento que esta tuviera del contenido de la referida solicitud de excepción previa presentada ante su despacho, ilustrando así la Juez su errada valoración de los hechos:

(...)

El interrogatorio previamente transcrito, evidencia que el delegado de la Fiscalía al fincar su teoría del caso en la supuesta violación al principio de cosa juzgada por parte de la aquí acusada, dejó de advertir que la funcionaria aceptó haber incurrido en un error al no pronunciarse acerca de la excepción de cosa juzgada presentada por el abogado de la demandada; que no, como parece haberlo entendido el recurrente, en que confesó haber vulnerado la “res iudicata”; pues lo cierto es que en el caso sub judice no se cumplían los cuatro elementos esenciales y concurrentes que se exigen¹² para que se pueda predicar que se está ante un mismo proceso, en tanto si bien es cierto se cumplía con la identidad de partes, objeto y jurisdicción, no es menos cierto que no existía identidad de causa, puesto que los hechos objeto de controversia o litigio habían variado sustancialmente desde noviembre de 2004 al mes de agosto de 2008, conforme se ha analizado con anterioridad. De tal forma, que al faltar identidad de causa, se estaba ante un proceso íntegramente nuevo, pero con elementos semejantes de otro que ya había sido decidido.

Igualmente, el referido elemento probatorio evidencia que no obstante el texto de la demanda presentada por el señor ROBINSON ENRIQUE ROMERO ZAMORA en el año 2008, junto con sus anexos, entre ellos, la escritura pública No. 0440 del 1 de abril de 2004 y el folio de la matrícula No. 246536 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla, lograron inducir en error a la entonces titular del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad, al poner en su conocimiento una problemática con elementos fácticos y jurídicos correspondientes a lo sucedido para el año 2004, ocultándole todas las novedades que sobre la titularidad del bien inmueble habían acontecido durante el transcurso de los últimos cuatro años; **JUANA AIXA VILLACOB DE BLANQUICETH** habría podido entender correctamente la situación que se le planteaba si hubiese cumplido con su deber de atender y analizar las peticiones presentadas por las partes en litigio, puesto que las contenidas en los memoriales que le fueron presentados por el apoderado de la demandada el 27 de noviembre de 2008, especialmente aquel donde se plantea la excepción previa de cosa juzgada, toda vez que en este escrito sí se aportó toda la información actualizada sobre la situación jurídica del inmueble en litigio, como lo alega el recurrente, y se ilustra suficientemente sobre los antecedentes relevantes de la demanda en cuestión.

La valoración conjunta de las evidencias precitadas, permite concluir que **JUANA AIXA VILLACOB DE BLANQUICETH**, incurrió en un error acerca de las circunstancias objetivas del hecho, y por ello fue que profirió sentencia el 13 de marzo de 2009, ignorando las inconsistencias consignadas en el libelo de la demanda.

De tal forma, que en el sub judice se reconoce la existencia de un error de tipo vencible, excluyente del elemento doloso, y como de cara a la legislación penal colombiana no se consagra la conducta de prevaricato por acción como culposa, opera la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el primer inciso del numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.”

DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA-Alcances/Responsabilidad penal/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Asunción por parte de los funcionarios públicos/Contratación Estatal/ FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD EN DOCUMENTO

¹² Los cuatro elementos concurrentes sin los cuales no se puede predicar que se está ante el mismo proceso, son: 1. Identidad de partes; 2. Identidad de objeto; 3. Identidad de causa y; 4. Identidad de jurisdicción.

PRIVADO Y PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS - Concurso delictual/Materialidad de la conducta

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se estudian los recursos de apelación propuestos contra la sentencia que absolvió a la exalcaldesa del municipio de Soledad y su secretaria privada, pues la acusación de la fiscalía general de la Nación, tiene como fundamento el establecimiento del rompimiento del principio de legalidad, en un proceso de adjudicación de unas mercancías que donara la Dian, al municipio de Soledad- Atlántico, quien a su vez las entregó a fundaciones con domicilio en esa municipalidad.

Extractos: “Recuérdese que en todo el recorrido de la resolución de acusación se hace énfasis en que una fundación no existía al momento de destinarle parte de la mercancía donada – *Vecinos Unidos de la Calle 30 de Soledad* - tal como lo afirma un testigo que fuera integrante de esa fundación, en otro caso el autorizado por la fundación no la representa y otras irregularidades de ese tipo que en acápites posteriores se explicarán de manera objetiva y categórica para demostrar en cada una de las procesadas, la conciencia, voluntad y proyección de romper con el esquema normativo que guiaba un adecuado tratamiento funcional en la entrega de estas mercancías.

(...)

Como quiera que la procesada Rosa Stella Ibáñez Alonso y Vera Judith Del Castillo Bolívar, la primera en su condición de alcaldesa del municipio de Soledad y la segunda en su calidad de secretaria privada de ese ente municipal, nos presentan posiciones exculpativas bifrontes e irreconciliables cuando la alcaldesa afirma que el proceso de adjudicación de las mercancías donadas por la Dian, se cumplió a cabalidad por apelo a la figura administrativa de la delegación y contrario a ello la secretaria privada, señala que evidentemente el proceso administrativo en referencia fue legal, pero que dentro del marco de la escogencia de las fundaciones o entidades beneficiarias de estas mercancías no participó y sólo le correspondió materializar la entrega, labor que le correspondió a la alcaldesa, ante esta aporía se hace cabalmente necesario determinar si la delegación compromete al delegante o al delegatario o a ambos y a partir de ahí establecer según las pruebas la responsabilidad penal o no a que hubiere lugar.

(...)

Ya se vio que la delegación es un mecanismo constitucionalmente autorizado y que tiene como vocación notable y noble cumplir con la satisfacción del interés general del Estado, que se registra efectivo y eficiente cuando las acciones públicas se hacen de una manera dinámica, con objetivos claros y con procedimientos que comulgan con los principios de legalidad que rigen los especiales senderos necesarios para finiquitar determinado cometido, que consustancial redunde en beneficio social, dada la inspiración filosófica de nuestro Estado democrático. No obstante, a pesar que el artículo 211 de la Carta Política, regula la materia y pareciera que según la más precisa hermenéutica sobre su tenor literal, en principio se concluiría que no cabría responsabilidad para el delegante, contrario a ello, la interpretación de la Corte, que es escrupulosa en extensión y además expuesta con un profundo sentido de pertenencia, para la cosa pública, sostiene que sí puede haber responsabilidad de cualquier índole para el delegante, cuando éste omite cumplir de manera efectiva y específica los controles regulados a que debe acudir para que el delegatario cumpla estrictamente con su misión, repárese lo que dice el inciso 2º del artículo en cita: “*La delegación exige de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente...*” .

También la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha tratado el tema de la delegación e igual que la Corte Constitucional, con sensatez han estimado que el delegante y el delegatario responden fiscal, disciplinaria y penalmente cuando no observan, en el caso del **delegatario** sus propias

funciones y adicionalmente las delegadas y en el caso del **delegante** dentro de sus exclusivas y excluyentes funciones está el cuidar y autorregular que el delegatario cumpla con el objetivo de la delegación, no hacerlo intencional o culposamente le reporta el reproche descriptivo contenido en las normas penales o sancionatorias de cualquier orden frente a conductas de esta naturaleza, así expuso nuestro máximo Tribunal de cierre ordinario:

“La delegación se verifica mediante el traslado de una competencia privativa de un servidor público, normalmente de nivel directivo, en un inferior jerárquico suyo quien en tal virtud queda investido de las facultades que sólo corresponderían al primero, pudiendo ejercerlas personalmente, pero en todo caso bajo la coordinación del delegante.

...

Acerca de esta materia y en punto a las responsabilidades que corresponden a los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ha precisado la Sala que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en materia contractual, por manera alguna los convierte en simples “tramitadores” o “avaladores” de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le compete solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, en su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos.”¹³

Se insiste que a pesar de esta eximente de responsabilidad para el delegante, que se encuentra en el párrafo del artículo 211 de la Constitución Nacional, atrás transcrito, la Corte Constitucional, dentro de su sabiduría y buscando con sus reiterados criterios el que se satisfaga a plenitud la función pública, fueron sus criterios los que desentrañaron el espíritu del constituyente en este artículo, extrayendo su verdadera voluntad, que no es otra que la de impedir que ésta literatura se convirtiera en una puerta de escape para que pudieran eludir de manera rauda y olímpica aquellos funcionarios públicos, sus responsabilidades luego que pervirtieran las atribuciones a ellos asignadas o que omitieran realizar aquellas claras y definidas facultades, a las cuales estaban obligados por razón del juramento cuando asumen el cargo.

(...)

Sorprende al Tribunal, como la juez de conocimiento desconoce todas y cada unas de las irregularidades que descubre la fiscalía general de la Nación, dentro del proceso de donación o adjudicación de mercancías a cinco fundaciones, que igual donara la Dian, al municipio de Soledad, considerando que toda la documentación se entregó en forma correcta y por ello procedieron tanto alcaldesa y secretaria privada, a materializar la entrega de la mercancía, que si hubo alguna irregularidad o falsedad en las documentaciones, son éstas achacables a los representantes de las fundaciones, de los cuales se predicaría un actuar de mala fe y sí de buena fe el de las procesadas.

Pero es que semejante forma de argumentar permitiría que se convalidaran comportamientos desaguisados, como aquellos que asumieron las aquí procesadas, porque sí existió la *delegación* por parte de la alcaldesa a su secretaria privada, por mucho que se atribuyan responsabilidades recíprocas, con el propósito ineludible de relevarse de sus propios compromisos penales, lo que emerge de manera prístina es que estamos en presencia de un afán postrero por justificar lo que se debió justificar antes de entregar la mercancía o dicho de otra manera la aparente negligencia en que se refunden las procesadas, cuando la

¹³Sentencia 5 de noviembre de 2008, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

una asume que por delegar no le correspondía otra actividad distinta de dar por satisfecha la entrega de mercancías, mientras que la secretaria privada invierte la responsabilidad en cabeza de la alcaldesa, cuando afirma que toda las escogencias de las fundaciones las realizó la alcaldesa, pretendiendo minimizar su actuar al extremo de sostener cumplir materialmente con una orden de su superior funcional, haciendo las correspondientes actas de entrega a los beneficiarios.

Realmente la Judicatura, lo que cuestiona es el abandono ex profeso al *principio de legalidad* a que acudieron las procesadas, dentro del procedimiento de donación de mercancías a unas fundaciones, que no se sabe cuál fue el organigrama o metodología utilizada, para concluir que las entidades beneficiarias eran las más representativas de las necesidades urgentes de la población existente en el radio de acción de sus sendas operatividades. Todo porque es la misma procuraduría general de la Nación, quien amen de la fiscalía, nos ilustra sobre todas las inconsistencias y la aparente incuria, por no decir actividad dolosa, en que se refunden las procesadas, para festonear este principio.

(...)

Es por eso que conviene precisar que en este Estado Social de Derecho y Democrático, existen unos referentes constitucionales que son de inexcusable cumplimiento, trátese de garantías o derechos fundamentales ora de aquellos principios que rigen y orientan la **función pública**, como unos postulados que siempre deben estar presentes en su dinámica, para materializar de manera cabal los fines o intereses superiores del Estado, desde luego con el mejor de los propósitos y que puedan ofrecer beneficios a los ciudadanos, como una clara expresión de la voluntad administrativa, de ahí surge como creación esencial del constituyente el artículo 209 de la Carta de 1991, contentivo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que siempre como una especie de flogisto deben estar mimetizados e inmaculados en la contratación pública.

Por eso el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, contiene los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales, como son el de **transparencia, economía y responsabilidad**, en armonía con los postulados que rigen la función administrativa y el artículo 25 ejusdem, desarrolla el principio de economía en cuanto a los procedimientos para la contratación que debe asegurar la **selección objetiva**, señalando términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección, como que también por el artículo 29, se establece que la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores **de afecto o de interés** y en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Como pasaremos a verlo tanto la alcaldesa o la secretaria privada, actuaron por fuera de sus claras y delimitadas funciones, lo que permitió lesionar el principio de legalidad y adjudicar unas mercancías a unas fundaciones que en veces no tenían existencia real y legítima y en otras el representante o las direcciones donde funcionaban, no era el autorizado o allí éstas no funcionaban, comportamientos que de existir el mejor ánimo por cumplir con las funciones inherentes al cargo y que consultaran en lo mas mínimo para proteger la cosa pública, fácil o de manera simple con la verificación de la documentación, se descubrirían objetivamente varias inconsistencias e inclusive con la constatación material, que por inspección o visita se hiciera a los lugares donde presuntamente funcionaban las fundaciones, se advertiría clara y objetivamente que estos inmuebles no tenían por destino actividades alegóricas a la fundación, no hacerlo hace que se infiera ciertamente una rebeldía aparente para dar paso al dolo, como conocimiento y voluntad proyectada a favorecer a terceras personas, mírese como son livianos los argumentos materiales defensivos de las indagadas: (...)

Pero, es que tanto la alcaldesa y la secretaria privada aquí acusadas, han incursionado en las universidades, siendo la última abogada, lo que las torna cultas y además, asumen la categoría de sujetos imputables, porque tales condiciones así vistas se la aconsejan a la intelección de la Sala, lo que comporta por obvedad tenerlas con capacidad de discernir y dirigir su conciencia y voluntad al cumplimiento de la

legalidad y no de conductas punibles, fácilmente detectables por quien no tiene esas calidades cultas, como por vía de ejemplo lo hizo el veedor ciudadano Frank Epalza Jiménez, al cual se le recibió el testimonio, al escuchar que los políticos estaban vendiendo electrodomésticos donados por la Dian.

(...)

En este particular caso no cabe aplicar el *principio de no contradicción* cuya creación es del pensador Aristóteles, el cual evoca que las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo lugar. Acudimos a él porque la alcaldesa traslada toda la responsabilidad en el proceso de donación de la mercancía en su secretaría privada, a quien le delegó esos menesteres y la secretaria privada traslada la responsabilidad en la escogencia de las fundaciones beneficiarias a su superior jerárquico, como que siempre queda una responsable miradas las dos hipótesis; pero tal como lo sostiene la Corte Constitucional, en nuestro caso no se dificulta establecer la responsabilidad individual, ya que en ambas radica porque en ejercicio de sus funciones, tenían que ser celosas y cuidadosas para que con sus actividades se asegurara que objetivamente las fundaciones eran las que mejor representaban la finalidad de las mercancías, en su uso y satisfacción de necesidades, de una parte y de otra que estas escogidas fundaciones, tuvieran vigencia y documentación actual, que reportara su legalidad y su sitio habilitado funcionalmente, que permitiera ex ante de la entrega material de la mercancía, verificar que el inmueble existe y que las condiciones de funcionamiento permitirían la seguridad de la mercancía y demás consecuencias, que se imponen para que todos y cada uno de estos elementos tuvieran en últimas un feliz adjudicatario, con notables necesidades, dándole al Estado un parte de satisfacción fruto de la protección por el interés general.

Aquí no se trata como se esforzó el no recurrente y la misma juez en el fallo absolutorio, de mostrar actividades post-delictuales que afanosamente se ocupan por mostrar mediante la valoración de testigos ora acudiendo a otras inferencias lógicas de que **las mercancías** objeto de donación, si fueron recibidas por personas necesitadas y con interés legítimo para recibirlas, porque para el Tribunal, estas circunstancias solo importan a las fundaciones y a las estrategias defensivas, última que se aferra en eliminar el dolo en los comportes de las acusadas. Pero contrario a ello tal desgaste exculpativo se queda en el escenario post-delictual o en otros términos dentro del agotamiento del delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, sabedores ex antes que se había fracturado el principio de legalidad, como bien se dijo ut supra al estimarse válidos o legales todos los documentos y representatividad de las fundaciones, que no tenían ese carácter sino un cariz mendaz que se percibía con apenas un mínimo de esfuerzo si se actuaba por fuera de el dolo.

Debe recordarse que la función pública en cualquiera de sus variadas manifestaciones y con propósitos claros debe ser *transparente* y si dentro de su dinámica aparecen factores que la enrarecen o enturbian surge su rechazo frente a las normas que gobiernan sus reglados y claros senderos, como en nuestro caso, cuando existen enormes irregularidades, que dejan al descubierto un remedo de donación, donde subyacen maniobras torticeras para esquilmar el patrimonio público, lo cual así vistos es reprochable por la relevancia jurídico penal, precisándose que una sola irregularidad en cada proceso, de la dimensión aquí comprobada hace que se entronquen los delitos objeto de acusación, veamos:

(i) La fundación *Rehacer* tenía como objeto de su razón social el de otorgar subsidios de vivienda. Su representante legal era Evaristo Rafael Domínguez Polo, quien manifestó en su declaración¹⁴ no haber dado autorización alguna al señor Luis Castro Fallace, de solicitar donaciones y mucho menos haber recibido mercancías por ese concepto del municipio de Soledad. *Esto no lo verificaron las acusadas antes de adjudicar y entregar las mercancías.* Dijo Evaristo Domínguez Polo:

¹⁴Folio 16. C.O. 01.

*“Preguntado: Se le pone de presente al entrevistado el oficio a folio 73 del cuaderno marcado prueba DIAN Fundaciones para que manifieste si es el mismo enviado a la alcaldía de Soledad solicitando las donaciones y la firma allí aparece es la misma. Contesto: **Ese oficio nunca lo hice yo, yo no solicite esos elementos, y esa firma no es la mia.** Preguntado: Si ese oficio no fue realizado por usted en nombre de su fundación, como es que la alcaldía les entrega una serie de donaciones y ustedes las reciben basándose en ese oficio. Contesto: No se. Preguntado: Sírvase manifestar si usted recibió los elementos relacionados en el acta del 5 de enero de 2006, N° 0413, que se encuentra a folios 75 al folio 95 y si las firmas que allí aparecen al lado de su nombre son las suyas. Contesto: **No, yo nunca recibí esto, y la firma que aparece encima de mi nombre a folio 84 no es mia yo nunca firme ese documento.** Preguntado: sírvase manifestar si su fundación recibió elementos como los que se describen en dicha resolución para el año 2006. Contesto: No. **Las donaciones que nosotros recibimos son auxilios de vivienda para interés social, más no ese tipo de elementos.**”¹⁵(Subrayado y negrillas nuestras)*

(ii) El representante legal de la Asociación Cívica Vecinos Unidos de la Calle 30 del Municipio de Soledad, Ángel Alberto Posada, también negó ante la fiscalía haber autorizado el recibo de donaciones de parte de la Administración de ese municipio, sobretodo porque la Asociación había desaparecido hace aproximadamente 8 años.¹⁶ Esto no lo verificaron las acusadas antes de adjudicar y entregar las mercancías. Dijo Ángel Alberto Posada:

*“...se trata sobre unas ayudas que se perdieron en la Alcaldía de Soledad, de la cual aparece una asociación de la cual yo hice parte la asociación se llama vecinos Unidos de la Calle 30 la cual le entregaron a la asociación unas ayudas por cuarenta y ocho millones de pesos en electrodomésticos, materiales para construcción, juguetería, eso fue entregado por la Alcaldía pero no recuerdo el nombre de la persona que aparece en ese documento, **de lo cual yo no tengo ningún conocimiento porque esa asociación tiene aproximadamente ocho o nueve años que dejo de funcionar, en ese tiempo la mercancía la recibió la señora María Estella Ensuncho Bornacelly, de esa mercancía no se ha visto nada ni un solo baloncito plástico, ella con esos papeles fue que se pusieron hacer ese poco de ilícitos yo doy fe de que lo que dije anteriormente es verdad y pido que el DAS y la Fiscalía hagan la investigación con la gente de la comunidad donde no se ha visto nada de la mercancía antes mencionada.**”*(Subrayado y negrillas nuestras)

(iii) Pablo José Bello Cantillo, quien fuera representante legal de la Fundación Rostro Feliz, manifestó ante el ente instructor no haber recibido mercancías de parte de la Alcaldía de Soledad, muy a pesar de haber dicho lo contrario ante la Contraloría General de la República, pues, dijo, haber sido en ese momento objeto de amenazas.¹⁷ Esto no lo verificaron las acusadas antes de adjudicar y entregar las mercancías.

¹⁵ Folio 17 y 18 del C.O. N° 1.

¹⁶Folio 183 y s.s., C.O. 01.

¹⁷Folio 19, C.O. 04.

(iv) El registro que reposa en la Cámara de Comercio de Barranquilla, de la *Fundación Futuro Común*, registra como domicilio una dirección que no corresponde al municipio de Soledad. La representante legal no pudo ser ubicada, sólo el vicepresidente Armando José Rambao, quien adujo en sus declaraciones desconocer porqué su nombre aparecía en el registro de una fundación cuando no había pertenecido nunca a ninguna de estas entidades y negó haber recibido donación alguna de parte de la administración del municipio de Soledad. ¹⁸. *Esto no lo verificaron las acusadas antes de adjudicar y entregar las mercancías.*

(v) La *Fundación Mundo Limpio*, que aparentemente entregó la documentación en regla y recibió la mercancía mediante la correspondiente acta de entrega, previa solicitud, extrañamente sus formatos son utilizados dentro de la documentación que guarda relación con la *Fundación Futuro Común*, ésta última a la que se le adjudicó el mayor número de mercancías por un valor total de \$191.378.851. *¿Será que esto lo verificaron las acusadas?*

Ante el panorama anterior y que obedece a la *sindéresis* de la Sala, se tiene que estamos en presencia del delito de *Peculado por Apropiación a favor de Terceros*, que se radica como último fin en las acusadas, quienes previamente habían cometido el delito de Falsedad Ideológica en Documento Público y el delito de Falsedad en Documento Privado, últimos reatos que se concretan cuando en ejercicio de funciones públicas, ambas procesadas incrustan ideas falsas en las resoluciones adjudicatarias de las mercancías y también refulege la Falsedad en Documento Privado, cuando elaboran y suscriben con el particular las actas de entrega de las mercancías, que como bien se anotó en precedencia, la documentación aludida en el acta es irregular o no corresponde a la realidad.

(...)

Ya la Sala, ha expuesto que las pruebas de la defensa tal como lo afirma el pliego acusatorio vienen a consolidar la tesis de la fiscalía general de la Nación, en cuanto que o que los testigos de descargos lo que abiertamente denotan es un inusitado y leonino proceder de las acusadas para ofertar, escoger y entregar las mercancías que recibiera por donación el municipio de Soledad, pero advirtiéndose que todo ese escenario defensivo se circunscribe a *actuaciones post-delictuales*, no atribuible a la administración municipal o dicho de otra manera a las conductas punibles de las procesadas, porque: (i) Recibieron la documentación extremadamente irregular; (ii) Sin embargo, profirieron las resoluciones de adjudicación de mercancías a cinco fundaciones y (iii) Elaboraron las correspondientes actas de entrega de las mercancías que suscriben junto con el particular supuestamente en representación de las fundaciones.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 209 y 211 Constitución Política, Artículo 24, 25 y 29 Ley 80 de 1993.

PROCESADO: Rosa Ibáñez Alonso y Vera del Castillo Bolívar

FECHA: Julio 19 de 2013

RADICACIÓN: 2012-00190

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Condena a las procesadas por el delito de peculado por apropiación. Niega subrogados penales. Ordena captura inmediata.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL- Términos para su contabilización/**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**-Interrumpe prescripción/ **JUZGADO DE INSTANCIA**-En caso de error al momento de decretar una prescripción debe el juzgado de origen seguir conociendo del proceso

¹⁸Folio 19, C.O.01.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente el señor Agente del Ministerio Público apela la decisión mediante el cual un Juzgado ordena decretar la prescripción a favor de un procesado, decisión que resulta censurada en esta instancia en razón a los cálculos aritméticos realizados para tal fin.

Extractos: “Corresponde a la Sala a pronunciarse respecto de la alzada propuesta por el Dr. GERARDO GONZÁLEZ LLINAS, en su condición de PROCURADOR 43 JUDICIAL II PENAL, en contra la decisión emitida por parte del JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO ADJUNTO DE BARRANQUILLA (N2) el día VEINTIDÓS (22) DE NOVIEMBRE DE 2012, por medio de la cual se declaró la prescripción de la acción penal al proceso que se adelantaba en contra de los señores CAMILO VALDERRAMA OSORIO y JOSÉ SALAS LEÓN.

Una vez estudiado el expediente, observa la Colegiatura que el apelante, pretende claramente que se revoque la decisión de primera instancia antes referenciada, y en su lugar se ordene continuar con el trámite legal dentro de la causa que nos ocupa.

Tenemos entonces que en la sentencia de primera instancia, se decidió declarar la prescripción de la acción penal argumentando que la conducta investigada, está descrita y sancionada en el artículo 402 del Código Penal, que establece una pena de tres (03) a seis (06) años de prisión, y que siendo que la resolución de acusación quedó en firme el 19 de abril del 2010, y a que a la fecha de la promulgación de la decisión de la referencia habían transcurrido más de tres (03) años desde la ejecutoriedad de la calificación del sumario, lo cual según se dijo, produjo el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

En vista de lo anterior, esta Sala encuentra pertinente acudir a lo que disponen los artículos 83 y 86 del Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto-Ley 600 de 2000- los cuales enseñan que:

“Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Artículo 86. Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)".

De la lectura de las disposiciones antes transcritas, refulge claro que amén del principio de legalidad, y del debido proceso, el Estado por conducto de sus instituciones tiene límites para emprender el poder punitivo en contra de los presuntos transgresores de la Ley Penal, esto es, para cada circunstancia en concreto habrá que determinar cuál es el tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, para efectos de la configuración o no del fenómeno de la prescripción de la acción penal, y seguido a ello, habrá que establecer si se profirió resolución de acusación, que de ser así, ésta una vez ejecutoriada interrumpe el término prescriptivo, y a partir de allí éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, antes reproducido, pero jamás y nunca podrá ser inferior a cinco años, y así se lee claro en el proveído atacado, en donde el a-quo hizo la misma transcripción normativa, no obstante no decidió conforme a ello.

Lo anterior, por cuanto si se tiene de presente que la Resolución de acusación fue del 26 de Febrero de 2010, y la ejecutoria de la misma se dio el 20 de abril de 2010¹⁹, es claro que de configurarse el término prescriptivo de la acción penal, éste se daría el 20 de Abril de 2015, toda vez que, la premencionada calificación del sumario, se erige como pieza fundamental y prístina para establecer la cronología misma del proceso, luego entonces, si es desde la firmeza de esa determinación, a partir de la cual se contabiliza el lapso de tiempo en que permanece vigente la potestad punitiva del estado, y siendo que el máximo de la pena fijada en la ley para el reato endilgado a los procesado es de seis (06) años, y la mitad del mismo, en efecto es de tres (03) años, pero no pudiendo ser en ningún caso, inferior a cinco (05) años, es diáfano que hasta la última fecha aludida, el Estado conserva incólume la facultad punitiva para decidir lo que en derecho corresponda con relación a la situación de los procesados.

Así pues que, razón le asiste al agente del Ministerio Público, en torno a que la decisión de primer grado ha de ser revocado, y lo consecuente es ordenar que se continúe con el trámite procesal en que se haya quedado suspendida la causa, máxime cuando como hemos dicho siendo que la ley es clara, no hay porque hacer interpretaciones de ella, y por lo tanto, cierto es que, aún el Estado debe y tiene que seguir la actuación objeto de la presente providencia, y así se ordenará en la parte resolutive de este fallo.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 83 Ley 600 de 2000.

FECHA: Julio 19 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-04-006-2010-00381-01/ **2013-00107 P-CR**

DECISIÓN: Revoca íntegramente decisión de primera instancia.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL- Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad/**PROCESO DE REGULACIÓN DE VISITAS**-Única Instancia/Falta de idoneidad del mecanismo ordinario para la defensa de derechos

¹⁹ Ver 153, ibidem.

fundamentales/**VALORACIÓN PROBATORIA**- Es deber del juez analizar todos y cada uno de los medios de prueba en que fundamenta su decisión

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica: En el presente caso, la madre de la menor cuya regulación de visitas se solicitó, pretende el amparo tutelar habida cuenta de los efectos adversos de la sentencia dictada, por cuanto el padre de la menor llega en las fechas en que le corresponde compartir con su hija en compañía de la policía para que se le haga entrega de ésta, perturbándola emocional y psicológicamente.

Extractos: “En relación al cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, en el caso bajo examen la Sala observa que:

(i) El asunto sometido al conocimiento del juez de tutela presenta una acreditada relevancia constitucional. De un lado, se discute si la decisión que se desprende de la providencia judicial atacada por vía de tutela se adoptó sin la valoración razonable de algunas de las pruebas que obraban en el expediente, y de otro lado, se cuestiona la suficiencia argumentativa con que dichas decisiones fueron tomadas. El análisis de estos aspectos tiene una relación directa, con la interpretación constitucional del contenido del derecho fundamental al debido proceso;

(ii) *Que la accionante, no cuente en la actualidad con mecanismos alternativos de defensa diferentes a la acción de tutela*

En el presente asunto, al encontrarnos frente a un proceso de regulación de visitas, el cual es de única instancia, se configura la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, y dado que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.

(iii) La providencia sobre la que se alega la vulneración de derechos fundamentales se profirió el veintiséis (26) de abril de dos trece (2013) y la demanda de tutela fue presentada el veintidós (22) de mayo del mismo año. En ese sentido, es claro que en este caso se respetó el criterio de inmediatez, debido a que la demanda de tutela fue presentada dentro de un término oportuno, justo y razonable;

(iv) Evidentemente, las irregularidades alegadas tienen una vinculación directa con las decisiones tomadas en la providencia bajo examen. El debate se centra en determinar si con la adopción de las decisiones tomadas con la providencia en cuestión, se vulneraron los derechos de los niños en especial su derecho al debido proceso, así como este derecho en relación a la accionante;

(v) La actora identificó y alegó de manera razonable los hechos que generan la vulneración, y finalmente,

(vi) La decisión objeto de revisión, es una resolución proferida en el marco de una audiencia de fallo dentro de un proceso de regulación de visitas personal iniciado por la accionante en relación con su menor hija.

Así las cosas, la Sala encuentra satisfechos los requisitos formales de procedibilidad.

A fin de regular las visitas y permanencias de la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a cargo del padre CARLOS ENRIQUE DE ARCO ACOSTA, mediante sentencia de 26 de abril de 2013, el fallador de primera instancia mencionó sin análisis alguno, las pruebas practicadas.

Teniendo en cuenta el objeto de la decisión tomada, necesariamente la Jueza ha debido pronunciarse sobre los medios de prueba y no excluirlos de su análisis. Sólo después de revisarlos en detalle y realizar las ponderaciones a las que hubiera habido lugar, ha debido dar cuenta de su conclusión.

Para realizar la revisión de esta decisión, la Sala se permitirá transcribir, algunas de las consideraciones de la Juez Séptima de Familia al respecto:

“... Dentro de la audiencia fijada, estando en la ETAPA PROBATORIA, se ordenó que se tuvieran en cuenta como elementos probatorios los documentos allegados por las partes demandante y demandado. El despacho ordenó en la etapa de conciliación de manera oficiosa el interrogatorio de parte del demandante y la demandada. Estando en la etapa probatoria se recibieron las declaraciones de los señores Flor María Altamar Sánchez, Yaneth María Mercado, Enilda Guzmán Guerrero y oficiosamente en la etapa probatoria se ordenó la visita social a la residencia de la madre de la menor, a la residencia del padre de la menor y a la residencia de la señora Yaneth María Mercado, lugar donde es cuidada la niña xxxxxxxxxxxxxx, dicha visita social fue realizada y se le dio el traslado de ley.

... Dentro de las pruebas que se puede establecer que es una niña que desde su nacimiento ha permanecido con su madre, quien le ha proporcionado a la menor todo para su adecuado crecimiento y desarrollo; igual conducta se predica del padre que a pesar de no convivir con su hija, muestra ser muy afectuoso y amoroso...”

En este estado de cosas, decidió lo siguiente: “...Regúlense las visitas y permanencias a favor de la niña xxxxxxxxxxxx y a cargo del padre **CARLOS ENRIQUE DE ARCO ACOSTA**, de la siguiente manera: La niña xxxxxxxxxxxx permanecerá con su padre señor CARLOS ENRIQUE DE ARCO ACOSTA desde el día viernes a las seis de la tarde hasta el día domingo a las cinco de la tarde, con la obligación de que el padre asuma el control de sus deberes escolares mientras se encuentren bajo su permanencia. En caso de que el lunes sea festivo la permanencia se extenderá hasta ese mismo día y a la misma hora, el padre se compromete a recoger a la menor en la casa de su abuela materna, en donde convive al lado de su madre y regresarla a la hora acordada en ese mismo lugar. En cuanto a las vacaciones escolares de mitad de año los primeros quince días pernoctará con su padre y los subsiguientes quince días con su madre...”

Luego entonces, la decisión de regular las visitas, ha debido pasar por una ponderación completa e integral del material probatorio existente en el expediente y por un análisis juicioso del mismo. Sin embargo, como se puede ver, esta situación no se presentó.

Dentro los elementos de juicio que no fueron tenidos en cuenta de manera integral están:

Las recomendaciones realizadas por la trabajadora social para el desarrollo armónico de la menor, como lo son: “...sería conveniente que para establecer lazos familiares con la familia paterna, el niño comparta con su padre y familia extensa paterna, *sin pernoctar, por su corta edad, en la medida de su crecimiento la niña sentirá de permanecer más tiempo con su padre, pues sería muy brusco separarla de su madre por periodos de tiempo largos, para evitarle confusiones; la niña se encuentra en una etapa de su infancia en la que requiere muchos cuidados que le aseguren la protección, la alimentación nutritiva y equilibrada y al apego especial materno...*

... sería preferible que el padre compartiera con su hija en sus tiempos no laborales, porque la finalidad es precisamente que el asuma el cuidado de sus hija y *no delegue responsabilidades a terceras personas, ya que de lo que se trata es de afianzar los lazo de padre e hija...*”

Dentro de las condiciones afectivas de la niña xxxxxxxx, se señaló como factor externo que en el hogar paterno, deben ser más cuidadosos, por lo que refiere la abuela materna, considerando la edad de esta, que a esa edad todo lo que ven lo quieren consumir y todo se lo llevan a la boca, para evitar indigestión y quebrantos de salud.

En el hogar donde es cuidada la niña xxxxx, se presenta inseguridad por lo expuesto en la visita realizada a la señora YANETH MERCADO...”

Tampoco, fue tenida en cuenta en la providencia aludida, la declaración realizada por la señora YANETH MARIA MERCADO, quien dijo ser tía de la compañera del demandado. La importancia radica, en que ésta manifestó que ella es la que cuida de la menor los días sábados desde las 7:00 a.m. hasta las 3: 00 p.m., hora en que el padre de la menor xxxxxxx sale del trabajo y va a su casa a recogerla.

De igual manera, la declaración rendida por la señora ENILDA GUZMAN GUERRERO, quien dijo ser abuela de la menor, y en la que afirmó que la niña al regresar de la salidas con su padre mostraba melancolía, tristeza, e inclusive mal del estómago, fiebres, vómitos, bajas de peso.

Por estas razones, para la Sala es evidente, dada la carencia de razones, que frente a este punto, también estamos en presencia de una *decisión sin motivación*. Esta causal se configura en aquellos eventos donde la construcción argumentativa de la decisión es claramente deficiente, desconociendo que la principal obligación de los jueces consiste en motivar sus providencias, salvo en las excepciones expresamente establecidas en la ley, presentando de manera clara las razones de hecho y de derecho que le permitieron arribar a la decisión tomada.

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es que aunque la providencia atacada por vía de tutela no sea la decisión que pone fin a la controversia en el proceso en cuestión, no equivale a asumir que por tal motivo, el Juzgado de Familia estaba exento de la obligación constitucional y legal de *motivar las decisiones que en dicha providencia se adoptaron*. Dada la estructura de los procesos de regulación de visitas en la jurisdicción de familia, en los cuales, las decisiones son tomadas de manera progresiva y de acuerdo a la evolución del proceso, en razón a que están en de por medio derechos fundamentales de los niños y en la mayoría de los casos conllevan delicados procesos terapéuticos, antes de llegar al fin de la controversia, la motivación juega un rol determinante que constituye una garantía jurisdiccional para las partes en el proceso.

Descendiendo lo anterior al caso que nos ocupa, la Sala encuentra que en relación a la decisión de regular las visitas en la forma señalada por el Juez de Primer Grado, coinciden dos causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, esto es, una vía de hecho por defecto fáctico en razón a la ausencia de valoración de las pruebas obrantes en el proceso, y otra, por configurarse en este caso una decisión sin motivación.

De otra parte, el fallo de primer grado le impide a la madre de la menor la posibilidad de permanecer y compartir con su hija por lo menos dos fines de semana al mes, circunstancia que se agrava con el hecho de que la menor por su corta edad resulta vulnerable, pues se encuentra en una etapa de su infancia en la que requiere muchos cuidados que le aseguren la protección, la alimentación nutritiva, equilibrada y al apego especial materno.

Por lo cual sería conveniente que la niña tuviera la oportunidad de pasar un fin de semana con el padre y un fin de semana con la madre.

Adicional a ello, obran en el expediente pruebas de que dentro de las salidas y permanencia con su padre, la menor los días sábados desde las 7:00 am hasta las 3:00 p.m., pasa al cuidado de una persona distinta a su progenitor, pues éste dentro de ese horario se encuentra laborando., por lo cual al momento de establecer el régimen de visitas se debería tener en cuenta también la hora en que el padre finaliza su jornada laboral, a fin de que sea a partir de allí que la niña los días sábados empiece a compartir con él, y éste no delegue su responsabilidad a terceras personas, y lo mismo señalar la hora en que fenece la visita los fines de semana, sin desconocer la corta edad de la menor.

También se recomienda en aras de la protección inmediata de los derechos de la familia, se conmine a las partes a que se sometan inmediatamente a una terapia adecuada para lograr acuerdos básicos que solucionen sus conflictos, pongan término a la actual escisión en el proceso afectivo de su hija común y favorezca la estabilidad emocional y la tranquilidad de la misma.

En consecuencia, la Sala ordenará al Juzgado Séptimo de Familia de esta ciudad a que proceda a analizar las pruebas recaudadas dentro del proceso, y la posibilidad de ordenar las que estime pertinentes, teniendo en cuenta las orientaciones y parámetros fijados en esta sentencia, y adopte la determinación que corresponda en la audiencia que deberá programar en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo. La providencia deberá dar cuenta del razonamiento mediante el cual se adoptarán las decisiones, tomando en cuenta estrictamente las orientaciones dadas en esta sentencia, esto es, justificar su decisión, pronunciándose de manera estructurada sobre todas las pruebas recaudadas en el expediente.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencias T-442 de 1994, C-590 de 2005, T-055 de 1997, C-949 de 2003, T-233 de 2007

FECHA: Julio 5 de 2013,

ACCIONANTE: Yoice Elena Girón Guzmán

ACCIONADO: Juzgado Séptimo de Familia de Barranquilla

RADICACIÓN: 08001-22-13-000-2013-00326-00/ **T-00299-2013**

DECISIÓN: Declara Nulidad de la sentencia atacada. Ordena al Juzgado proceda a analizar las pruebas recaudadas en el proceso, conforme los parámetros de esta sentencia.

PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL-Benefician a personas que se encuentran en estado de debilidad económica manifiesta/**DERECHOS DE LOS NIÑOS**-Protección especial reforzada/**VIVIENDA EN CONDICIONES DIGNAS**-Reviste el carácter de derecho fundamental

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el accionante pretende la reparación física de las diferentes averías que presentan su vivienda y, en consecuencia, la reubicación temporal durante el tiempo que duren las reparaciones, pues estima que las condiciones en que se encuentra atentan contra su vida digna, inclusive, lo ponen en peligro inminente de sufrir lesiones o muerte por los derrumbes en la estructura del inmueble que habita.

Extractos: “Del contenido fáctico que informa la acción de tutela, logra extraerse que el inmueble en el que, según dice el accionante, se genera la actual amenaza a sus derechos fundamentales y los de su familia, fue adquirido en virtud de un crédito hipotecario suscrito a través de la Fundación Mario Santo

Domingo, en el proyecto urbanístico denominado Villas de San Pablo, adoptado por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y aprobado por la Curaduría Urbana N° 2 del Distrito de Barranquilla.

Es claro, entonces, que el problema jurídico gira entorno a si existe o no responsabilidad, sobre las averías que presenta la vivienda de propiedad del actor y que le sean atribuibles a la Fundación Mario Santodomingo como constructor de la casa objeto en la presente acción.

Al respecto se permite esta Sala, referirse a lo manifestado por la Corte Constitucional, sobre el tema:

“14. Por lo expuesto y, en desarrollo del artículo 51 de la Carta, se estableció una novedosa modalidad dirigida a que la población con menos capacidad de pago tuviese acceso a una vivienda digna a partir del concepto de “vivienda de interés social”, esto es, vivienda dirigida a los estratos 1 y 2 –principalmente-, a partir de un subsidio promovido por el Estado. En esos términos, la Ley 338 de 1997 en su artículo 91 prescribió que “se entiende por viviendas de interés social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos”.²⁰

Lo anterior permite que esta Corporación, presuma que las personas beneficiadas dentro de un programa de viviendas de interés social, se encuentran en debilidad económica y en imposibilidad de asumir las reparaciones y una posible reubicación a raíz del peligro deprecado por el actor, el cual manifiesta que se encuentra en peligro su vida y la de su núcleo familiar, que además le pueden ser atribuibles al constructor de la vivienda, en este caso, la Fundación Mario Santodomingo.

En cuanto a los derechos fundamentales incoados por el accionante, los cuales encuentran su abrigo en el artículo 51 de la Constitución Política, el cual reza: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.” De igual manera, el artículo 11, numeral 1º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*”

En el caso sub examine, con las fotografías aportadas como prueba por la parte accionante, y en la contestación de la accionada, quien manifiesta que los daños estructurales se deben a la construcción de un taller de modistería, se constata la situación actual de la vivienda y el deterioro que sufre posiblemente causado por la calidad de los materiales o defectos en la construcción, para que en tan corto tiempo, presente ese tipo de fisuras en la estructura, de tal suerte que, se hace evidente que existe un deterioro o ruina parcial de la vivienda de interés social adquirida por el actor a través de la Fundación Mario Santodomingo, quien funge como accionada y fue quien construyó el referido inmueble.

Al respecto, en el Código Civil, artículo 2351 señala: “*Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060*”. “*Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los*

²⁰ Sentencia C-244/11, Referencia: expediente RE-192, Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PEREZ, Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil once (2011).

materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041.”

Por ruina de un edificio hay que entender en general la desintegración o desunión de los materiales que conforman la construcción, bien sea en forma de hundimiento o caída. No se requiere que la ruina sea total ni estrepitosa, basta en consecuencia la simple amenaza o ruina parcial, como sería el caso de los desprendimientos de tejas, aleros, frontispicios, paredes, etc.²¹

Por lo anterior se puede decir, que la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar, recae sobre el constructor, quien tiene la obligación de garantizar la estabilidad de la construcción hasta por diez años como lo contemplan los artículos antes mencionados, de esta manera se desvirtúa la responsabilidad por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Alcaldía Distrital de Barranquilla y la Curaduría Urbana No. 2.

Se permite esta Corporación citar y tomar de referencia una situación similar en la que la Corte Constitucional, tutelo el derecho de la colectividad afectada por un particular, en un conjunto residencial ubicado al norte de esta ciudad, en la cual manifestó lo siguiente:

“La Corte Constitucional sí ha aceptado la utilidad de la acción de tutela frente a las fallas presentadas en una vivienda, cuando quiera que de la gravedad de los defectos se infiera el desconocimiento de derechos como la vida, la salud o el trabajo y, en consecuencia, ha determinado cuáles son los efectos y límites que el amparo ostenta frente a los diferentes tipos y grados de amenaza o riesgo. A su vez, ha aclarado que los alcances de la acción constitucional incluye los actos u omisiones en que hubieran incurrido las autoridades públicas o los particulares, atendiendo que en el último caso la relación contractual entre el constructor y el propietario del inmueble puede desequilibrarse y generar una situación de indefensión, según el origen, la categoría y la gravedad de los daños presentes en el inmueble.”²²

En cuanto a la procedencia de este mecanismo Constitucional en el presente caso, la Corte ha establecido que:

“Ahora bien, aunque se ha dicho que el derecho a la vivienda digna no es exigible directamente por vía de tutela, lo cierto es que esta restricción desaparece cuando su quebrantamiento vulnera o pone en peligro derechos fundamentales. Ciertamente, la Corte Constitucional ha reconocido en prolija jurisprudencia que, en virtud del factor de conexidad, los derechos de segunda generación v.gr. los derechos a la salud, a la seguridad social o a la vivienda digna, pueden ser protegidos de la misma forma que los derechos fundamentales.”²³

De igual manera, la Corte Constitucional ha fijado los aspectos que han de ser estudiados por el Juez Constitucional en el análisis, a saber:

“(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la salud, y (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.

²¹Tribunal Superior de Barranquilla. Sala Civil-Familia. Ref. 37.006, Expediente No. 08-001-31-03-002-2009-00183-01, Magistrada Sustanciadora: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri, Sentencia de abril dos (2) de dos mil trece (2013).

²²Sentencia T-473/08, Referencia: expediente T-1638678, Acción de tutela instaurada por Marta Luz Sanz Borja contra la constructora Alejandro Char y Cia Ltda. y el Distrito de Barranquilla. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-203 de 1999.

Con respecto a la inminencia del peligro a que se encuentre expuesta la persona, debe ser de tal magnitud y actualidad que ponga en riesgo la vida, la salud, la integridad física o la dignidad del interesado y su núcleo familiar, y que no exista otra forma de conjurar dicha situación.

Igualmente, la presencia de menores en el entorno amenazado convierte en más apremiante la situación, ya que los derechos de los niños se encuentran en un rango superior, según disposiciones internacionales y constitucionales, jurisprudencialmente desarrolladas.”²⁴(Subrayado y Negrillas por fuera del texto original)

Como se desprende del escrito de tutela y con base en lo anterior, esta Colegiatura, evidencia la presencia de un menor discapacitado, como parte del núcleo familiar del accionante, por lo que el Juez Constitucional debe pronunciarse al respecto, con el fin de garantizar la protección de los derechos del menor, que goza de especial protección constitucional y legal.

Corolario de lo anterior, esta Sala, encuentra responsable de la vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante y su núcleo familiar, al constructor, es decir, la Fundación Mario Santodomingo; por consiguiente tutelaré los derechos fundamentales del accionante, señor David Humberto Niebles Sanz y los de su núcleo familiar a la vida digna, a la salud, a los derechos prevalentes de los menores y otros, ordenando a la Fundación Mario Santodomingo, que en el término perentorio de quince (15) días hábiles, a partir de la notificación del presente fallo, inicie y lleven a su terminación las obras tendientes a realizar las reparaciones a la estructura de la vivienda afectada, de tal forma que se le garanticen los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar, igualmente la Fundación Mario Santodomingo, deberá cubrir los costos totales de la reubicación del accionante, señor David Humberto Niebles Sanz y los miembros de su núcleo familiar, mientras se realicen las reparaciones de la vivienda del accionante.”

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento de voto del Magistrado Jorge Eliécer Mola Capera.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 51 de la Constitución Política, artículo 11, numeral 1°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Código Civil, artículo 2351.

ACCIONANTE: David Humberto Niebles Sanz

ACCIONADO: Fundación Mario Santodomingo

FECHA: Julio 11 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2013-00253-00

DECISIÓN: Concede protección tutelar. Ordena reparación

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2008.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 015 – JULIO DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL- Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad/**PROCESO DE REGULACIÓN DE VISITAS**-Única Instancia/Falta de idoneidad del mecanismo ordinario para la defensa de derechos fundamentales/**VALORACIÓN PROBATORIA**- Es deber del juez analizar todos y cada uno de los medios de prueba en que fundamenta su decisión. **Pág. 37**

BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-Le resultan aplicables las normas del Acuerdo 049 de 1990/**TRABAJADORES INDEPENDIENTES**-Forma de contabilizar las cotizaciones/**PAGO DE APORTES**- A la entidad administradora corresponde imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999/**COTIZACIONES EN MORA**-Su pago no tiene efectos retroactivos **Pág. 12**

CARGA DE LA PRUEBA-En materia penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación/**SENTENCIA CONDENATORIA**- Requisitos legales para su proferimiento/**PREVARICATO POR ACCIÓN**-Ausencia de consumación/Falta de dolo en la conducta **Pág. 25**

DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA-Alcances/Responsabilidad penal/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD**-Asunción por parte de los funcionarios públicos/Contratación Estatal/**FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS** - Concurso delictual/Materialidad de la conducta. **Pág. 29**

ESTATUTO ARBITRAL -Aplicación de sus normas en el tiempo/**ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**-Trámite: Competencia, avocación del conocimiento y traslado a las partes/Causales taxativas/Recursos contra la decisión/**NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL**-Hace relación a la validez o no por objeto o causa ilícita. **Pág. 2**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Requisitos legales/Causación del derecho/Legitimados para su reclamo/**INTERESES MORATORIOS**-Desde cuando se deben/**PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS PENSIONALES A MENORES DE EDAD**-Legislación Aplicable. **Pág. 16**

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL- Términos para su contabilización/**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**-Interrumpe prescripción/**JUZGADO DE INSTANCIA**-En caso de error al

momento de decretar una prescripción debe el juzgado de origen seguir conociendo del proceso. **Pág. 35**

PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL-Benefician a personas que se encuentran en estado de debilidad económica manifiesta/**DERECHOS DE LOS NIÑOS**-Protección especial reforzada/**VIVIENDA EN CONDICIONES DIGNAS**-Reviste el carácter de derecho fundamental. **Pág. 41**

RESPONSABILIDAD CIVIL BANCARIA- Deber de protección y seguridad en sus instalaciones/**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**-El contratista encargado de las reparaciones debe responder en el mismo grado que el banco demandado/**COMPAÑÍA DE SEGUROS**- Está obligado a resarcir la totalidad de los perjuicios de carácter patrimonial por no existir exclusión alguna en la póliza respectiva. **Pág. 5**

TRANSACCIÓN- No es posible realizarla sobre derechos mínimos del trabajador/**EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA**- Improcedencia/**CLÁUSULA INEFICAZ**-Se predica que toda aquella que vulnera derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores. **Pág. 20**

UNIÓN MARITAL DE HECHO- Características esenciales/ Normatividad aplicable/**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN**- Pérdida del derecho a solicitar el reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho/ Diferencia legal de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, la sociedad patrimonial, y su disolución liquidación. **Pág. 9**