

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Abril 2014

Número 23

1. SALA CIVIL-FAMILIA

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES- Es de naturaleza objetiva/No puede exceder el quantum pactado por las partes/**RECONOCIMIENTO JUDICIAL-**No depende de la existencia o no de nulidades procesales/Debe remunerar de forma objetiva la gestión profesional del abogado/Procede aun cuando se pierda el proceso pues la obligación del abogado es de medios y no de resultado/**REPRESENTANTE LEGAL DE SOCIEDAD-**Su cambio sólo opera cuando se produzca la nueva inscripción en la Cámara de Comercio

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, el Juzgado A quo no accedió a la solicitud de regulación de honorarios profesionales bajo el argumento que se había decretado una nulidad procesal y que la persona del poderdante no estaba legitimada para otorgar mandato, pues sus facultades de representación legal se encontraban en discusión.

Extractos: “Delanteramente, precisa el despacho que el incidente previsto en el artículo 69 del C.P.C. está diseñado para que el juez que conoce sobre las actuaciones de un apoderado judicial a quien se le ha revocado el poder, determine el monto de los honorarios que deben ser satisfechos por la gestión adelantada en el proceso, que se supone, es conocida por el despacho judicial; valor de honorarios que no podrá exceder de la cuantía de los pactados ,y, su pago será a cargo de la parte que revocó el poder al abogado incidentalista.

En otros términos, el señalado incidente de regulación de honorarios tiene claramente una naturaleza objetiva, vale decir, cuantifica el valor de aquellos en virtud de la actividad y gestión del abogado a quien se le ha revocado el poder, con independencia de que los actos procesales ocurridos en el proceso con ocasión de la intervención del togado hayan sido afectados con una declaración de nulidad procesal, tal como ocurrió en el caso presente, porque lo que se pondera y cuantifica es la gestión del abogado, en forma objetiva, es decir, el trabajo del profesional en el proceso correspondiente; pues, lo contrario, implicaría, de hecho y de derecho, desconocer la actividad profesional del incidentalista, y de contera conculcar los derechos a la justa remuneración o tasación de los estipendios. Por lo demás, se sabe que la obligación del abogado es de medios y no de resultado, por lo que sus

honorarios han de ser reconocidos incluso si el pleito encomendado atender se pierde para el poderdante.

Con todo, la razón central contenida en el auto apelado, para negar la regulación de honorarios, consistente en que la señora, Ivonne del Carmen Serrano Barrios, para la época de otorgar poder al abogado Avendaño Cepeda, no tenía la representación legal de la sociedad demandada, luce desenfocada frente al presente trámite incidental, en virtud, se repite, de la naturaleza objetiva de éste, pues, aquí, no son de recibo tales reflexiones, con el agregado cierto de que para el caso sub lite, la referida argumentación es equivocada, porque – revisado el expediente que contiene el juicio ejecutivo- para el día 11 de mayo de 2009, la señora, Ivonne del Carmen Serrano Barrios, ejercitaba la representación legal de la sociedad Parra Mercado e Hijos S. en C., no obstante estar inscrita la remoción de su cargo como administradora de la sociedad, ante la Cámara de Comercio, como quiera que tal determinación administrativa además de haberse recurrido y sólo quedar en firme el 30 de julio de 2009, por resolución 38803 de la Superintendencia de Industria y Comercio – según se infiere del certificado especial expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, número 15055093, folio 56 del cuaderno de incidente número 8 – no implicaba, per se, la extinción o finalización de la representación legal que ejercía la señora, Serrano Barrios, pues, para esa época – mayo 11 de 2009 – no se había registrado un nombramiento nuevo de representante de la sociedad, a términos de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio.

Sobre el punto último – en aras de brevedad- véase la sentencia C- 621 de julio 29 de 2003, que declaró exequibles los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, la que explica con detalle qué ocurre con la representación legal o revisoría fiscal de una sociedad en la cual su representante o revisor han renunciado, o, han sido removidos de sus cargos, doctrina constitucional que, entre otras cosas, enseña que: “ ... durante este lapso – alude al periodo de tiempo entre la remoción o renuncia y la designación de nuevo representante o revisor- la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él...” (Sentencia C- 621 de julio 29 de 2003).

En suma, y resaltando una vez más que en éste incidente de regulación de honorarios, en rigor, no tienen cabida discusiones atañaderas a la existencia o vigencia o nulidad del mandato judicial, o, nulidades procesales, propias de un proceso ordinario, es lo cierto, se insiste, que en el caso bajo examen la señora, Serrano Barrios, otorgó poder al abogado incidentalista para que representara los intereses de la sociedad demandada, acto de apoderamiento que fue ejecutado en debida forma, como atrás quedó explicado.

Con el panorama anterior, es obvio que deberá procederse a la cuantificación del valor de los honorarios a favor del incidentalista y a cargo de la sociedad demandada derivados de la revocación del poder, razón por la cual, inicialmente se coloca de presente que se desconoce pacto alguno entre las partes de éste incidente sobre honorarios profesionales, relativos al presente asunto, y, por lo mismo, es necesario para esos fines tener en cuenta las actuaciones del abogado al interior del proceso ejecutivo formulado por Yolanda Esther Mercado de Pinto, contra la sociedad Parra Mercado e Hijos S. en C., que fuera representada por el incidentalista, las que se contraen en particular a las siguientes fases o etapas del proceso: en el incidente de nulidad (cuaderno 4) se observa que el peticionario se opuso a la nulidad procesal propuesta por la parte demandante, mediante escrito de 10 de diciembre de 2009, en ese mismo cuaderno pidió resolver el incidente de nulidad e interpuso en marzo 12 de 2010, recursos de reposición y en subsidio de apelación contra el

auto de 4 de marzo de 2010, que declaró la nulidad del proceso; en el cuaderno de medidas previas (cuaderno 2), el abogado realizó mediante memoriales de mayo 29 de 2009, julio 12 de 2009, enero 18 de 2012, abril 18 de 2012, abril 27 de 2012, mayo 31 de 2012, (folios 29, 30, 36, 39, 41, 42, cuaderno número 2), diversas peticiones relativas a las medidas ejecutivas; en el cuaderno número 1 se aprecian variadas gestiones del togado, entre otras, elaboración de preguntas para interrogatorio de parte (folios 251 a 254 cuaderno 1), asistencia a diligencia (folios 255 cuaderno 1), memorial de agosto 10 de 2009, memorial de septiembre 23 de 2009 (folio 288 cuaderno 1), alegatos de conclusión (folios 306 a 317 cuaderno 1), vale decir que intervino en la fase probatoria y de alegatos, todo lo cual demuestra con certeza que el abogado realizó en distintas épocas diversas actividades o gestiones en favor de su representada, la sociedad Parra Mercados e Hijos S. en C., que merecen la regulación de honorarios pedida.

Así las cosas teniendo como norte el acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, en particular lo relacionado con las tarifas de agencias en derecho aplicables a los procesos ejecutivos en asuntos civiles, en primera instancia, se tiene que los honorarios pueden ser hasta el 15 % del valor del pago ordenado o negado en la pertinente orden judicial; empero, como aquí no ha concluido el proceso y por tanto no se sabe si las defensas de la demandada resulten eficaces, y, el incidentalista intervino en algunas de las etapas procesales que integran el juicio ejecutivo, a partir de mayo 11 de 2009, (folio 107 cuaderno número 1), principalmente en las fases de nulidad procesal, pruebas del proceso ejecutivo, y alegatos de conclusión, estima el despacho como honorarios a favor del incidentalista la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), que corresponde aproximadamente a la tercera parte (1/3) del valor de honorarios, si el litigio se hubiese finalizado con resultado totalmente favorable a la ejecutada y el apoderado hubiere intervenido en la totalidad del proceso.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 69 Código de Procedimiento Civil, Corte Constitucional: Sentencia C- 621 de julio 29 de 2003, que declaró exequibles los artículos 164 y 442 del Código de Comercio. Acuerdo No. 1887 de 2003 Consejo Superior de la Judicatura.

INCIDENTALISTA: Vladimir Enrique Avendaño Cepeda

DEMANDADO: Parra Mercado e hijos S. en C.

FECHA: Marzo 11 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-014-2005-00018-03/ **37.876**

DECISIÓN: Revoca auto apelado. Señala honorarios profesionales

SOLIDARIDAD CONTRACTUAL- Su aplicación en contratos de instituciones prestadoras de salud/**TEORÍAS CONTRACTUALES MODERNAS-**Resultan obligados todas aquellas personas afectadas por el vínculo negocial/**Crisis de la teoría de la relatividad contractual/SUBCONTRATACION-** Eventos en que es autorizada e integra a los subcontratistas al síndrome prestacional integral del objeto del contrato

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, el juzgado A quo niega el mandamiento de pago solicitado, bajo el argumento que la parte demandada no hizo parte dentro de la relación negocial inicial, por lo tanto, estima que no puede exigir el cumplimiento de las mismas.

Extractos: “La providencia apelada y que niega librar la orden de pago en el presente proceso, se apoya fundamentalmente en tres argumentos:

- a. Que el título lo constituye, unas facturas cambiadas por prestación de servicios de salud, en las cuales no aparece como parte la demandada.-
- b. Que, no existe contrato directo entre las demandantes y la demandada, dado que el vínculo negocial traído al proceso en calidad de integrante del título ejecutivo es entre FAMISANAR y SERVIR y no entre aquella y la demandante.-
- c. Que no existe cláusula contractual, ni norma legal que establezca vínculo de solidaridad entre la demandada y Servir, por las obligaciones nacidas de los subcontratos de ésta con las demandantes.-

Pues bien, tal como se desprende del resumen fáctico, los tres argumentos se reducen en verdad a solo el tercero, dado que, de admitir la existencia de solidaridad entre FAMISANAR y la subcontratista Servir con las demandantes, los otros dos problemas jurídicos se resolverían en consecuencia.- Por ello, el despacho despachará este argumento desde las órbitas de las teorías modernas de las relaciones contractuales; desde la órbita de la ley y desde la naturaleza de las obligaciones solidarias en la teoría general de las obligaciones.

TEORIA MODERNA DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS CONTRATOS:

Era un principio de la teoría general de los contratos, el llamado de la relatividad de los negocios jurídicos dispositivos de intereses patrimoniales.- Con ello, el derecho clásico dejaba entender que las obligaciones nacidas de un contrato solo y solamente obligaban a los participantes en su perfeccionamiento y nada generaba para quienes no eran parte en la convención.-

Sin embargo, el surgimiento del constitucionalismo y el estado Social de derecho, pero especialmente, el que el objeto de los contratos se cumplan plenamente, generó que este principio relativista se viera forzado a ceder paso a la solidaridad entre todas las partes que de alguna manera tuviese que ver con la realización del objeto del contrato a responder de la mejor forma y contribuir que la satisfacción de la prestación que incumbe a cada parte sea atendida igualmente, por todos los que de alguna manera se benefician con su ejecución, de manera que, las cargas nacidas de dichas convenciones, dejan de ser cargas exclusivas de unos sujetos y no de otros.-

Así lo ha venido entendiendo la doctrina, la jurisprudencia y la propia ley, especialmente porque han pasado a ser materia de contratos prestaciones que al momento de la expedición del Código de Napoleón y el Código Civil Colombiano, no eran admisibles de constituir materia convencional, como lo es la salud, la educación e incluso la persona como tal.- Ello, impone que no puede ser el viejo criterio relativista el que puede servir para resolver los nuevos problemas surgidos por la complejidad de la sociedad moderna.-

Y, no existe duda que una de las obligaciones esenciales en las relaciones contractuales, especialmente donde el objeto es el contrato de servicios de Salud, lo constituye la cancelación del precio de los servicios que por tal se

pactan y se cumplen de parte de uno de los contratantes, más cuando el propio contrato permite expresamente la subcontratación para la prestación de los servicios que de manera directa, no puede satisfacer el inicial contratante, en este caso Servir.-

Pues bien, cómo determinar el contenido solidario entre los vinculados en el contrato? Sencillamente, partiendo del objeto del contrato, del contrato mismo, en primera instancia, pero igualmente, siendo esta solidaridad contractual nacida como desarrollo del principio general de buena fe y la solidaridad social, la misma ley le da su fundamento normativo- Así por ejemplo, el artículo 1602 del C. C., expresa que la buena fe no solo es exigida al momento de suscribir el contrato, sino igualmente en la ejecución del mismo, cuestión que es asumida por la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencias de 2 de agosto de 2001 y 29 de junio de 2007, expresó sobre la solidaridad contractual, lo siguiente:

“más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial, así sea en potencia, a fortiori cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de acuerdo válido, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario – se orienta a satisfacción, lo que específicamente supone según reconocida doctrina iusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vivida explicación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva”.-¹

Pues bien, en el caso concreto, el título ejecutivo está integrado con un contrato de prestación de servicios integrales de salud, en el cual, de manera expresa, el contratante autoriza al prestador del servicio que subcontrate con otras entidades los servicios que de manera directa no preste y éste lo realiza con los hoy demandantes, por lo tanto, lo que materialmente ocurre, es el traslado de parte del objeto del contrato inicial, se repite, por expresa autorización del contratante, a terceras personas, quienes se integran, por interés jurídico, económico e incluso, prestacional, a la parte contratante en la satisfacción del contenido negocial y por ende, pensar que éstos subcontratados no tienen nada que ver con el contratante inicial sería hoy día, por lo menos colocarse de espaldas a los nuevos principios secundarios nacidos de la relación contractual.-

Sin el subcontratista es imposible satisfacer el objeto material del contrato, que nada más que hace referencia a salud, materia que es considerada de interés general y que debe prestarse de manera integral, pronta y eficazmente.-

Ahora, podría pensarse que estando en materia de título ejecutivo, las exigencias de tal, no admiten este análisis, pero, siendo el título una prueba, su valoración no puede ser diferente cuando estamos en presencia de un proceso declarativo que en tratándose de proceso ejecutivo, por cuanto la procedencia del título, la calidad de plena prueba y la legitimidad contractual, es idéntica para las acciones declarativas como la ejecutiva, es decir, el incumplimiento del demandado con el pago que le nace como obligación

¹ Corte Suprema de Justicia Sentencia de 2 de agosto de 2001

principal y el cumplimiento del demandante respecto con la prestación del servicio, que en este caso está plenamente demostrado.-

Luego, desde la órbita de la teoría contractual y el solidarismo contractual que la doctrina moderna ha aceptado², como también la jurisprudencia nacional y comparada, no existe duda, que en casos como el presente, donde el objeto del contrato es subcontratado expresamente por el contratante inicial, estos subcontratantes están legitimados para exigir el cumplimiento del pago de la prestación por ellos prestadas al contratista inicial y en consecuencia, se imponía por esta vía proferir la orden de pago solicitado.-

LA COOPERACIÓN Y SOLIDARIDAD CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA NACIONAL Y COMPARADA.-

Esta nueva visión y alcance de las obligaciones contractuales ha sido materia de profundo estudios en la doctrina nacional como de derecho comparado, especialmente bajo la órbita de la satisfacción integral del objeto prestacional del contrato y de la responsabilidad por incumplimiento en el pago de los servicios y prestaciones cumplidos por el otro contratante.-

Así por ejemplo, en Colombia, el doctor Fernando Hinestrosa Forero, expresa:

“Concurrentes con la obligaciones misma y en función de ella, sobre el deudor pesan deberes generales y, algunos más precisos, de comportamiento, estatuidos para encausar su conducta desde un principio hacia la satisfacción del acreedor, y que integran el contenido de la obligación, de modo de precisar los términos de la prestación principal y refinar los deberes éticos-jurídicos de ambas partes: los llamados deberes complementarios o continuos. Todo ello dentro del marco de los principios de la buena fe, lealtad y corrección recíproca con que ha de proceder las partes en mutuo obsequio.”³

El tratadista Luis Diez Picazo, expresa:

“Al lado del deber primario del deudor que “...consiste en realizar la prestación debida aparece... toda una serie de deberes accesorios... que son deberes que no se concretan de manera inmediata en la prestación misma, sino que le sirven de apoyo y además la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige... Se produce así como hemos dicho, una ampliación o ensanchamiento del deber estricto de prestación mediante una serie de deberes accesorios”⁴

El doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sobre el tema, en reciente texto de derecho civil, expresa:

“Quiere significar lo anterior, por regla general, que la relación obligacional no puede ser contemplada solo desde la perspectiva -unilateral- del deber de prestación principal o primario, sino que debe hacerse en función de la conducta debida en su integridad (in toto) con el propósito de cobijar a una gama de deberes que, a modo de plus, conforme al débito, stricto sensu, el que no puede circunscribirse, entonces únicamente al deber céntrico -o primario-, sino que debe dilatarse, a fin de permitir la

² Ver Solidarismo Contractual .Fernando Andrés Pico Zúñiga y Sergio Alberto Rojas Quiñones, donde se realiza una profunda y extensa referencia doctrinaria y jurisprudencial al respecto.-

³ Fernando Hinestrosa F Tratado de las obligaciones Universidad externado Bogota 2002 pag 549

⁴ Luis Diez Picazo Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol II 1996 PAG 117 . 118

incardinación de otros débitos que, no por tildarse de secundarios, instrumentales, es cierto, carecen de resonancia negocial”.-

Todos, indistintamente, en mayor o menor intensidad, ello no importa propende por la consecución del fin cardinal en sede obligacional -en sentido amplio-: la satisfacción del derecho subjetivo radicado en cabeza del accipiens o titular crediticio.- Ese, sin distingo, es su auténtica teleología. De ahí que la relación jurídica, desde la perspectiva pasiva, se puede considerar como compleja, en tanto en cuanto presente...” en su contenido varios derechos y deberes”, por oposición a la relación jurídica simple, caracterizada “...por un solo derecho subjetivo y, correlativamente, por una sola obligación”.-⁵

LA SOLIDARIDAD CONTRACTUAL Y LA JURISPRUDENCIA

En materia de responsabilidad médica, típica responsabilidad contractual, aun sin existir vínculo contractual entre la víctima y el médico tratante, la jurisprudencia ha definido la existencia de solidaridad entre el galeno y las prestadoras de servicios respecto de la obligación de prestar un adecuado y eficaz servicio de salud, al extremo que imparte condena en tal carácter respecto de los daños que se ocasionen por los mismos.- Ello, no es otra cosa que aplicación del principio en estudio y el desconocimiento de la clásica tesis del relativismo contractual.-

Así lo han entendido los jueces, que en providencia han admitido tal principio e incluso nuestra Sala Civil ha admitido tal característica contractual, cuando en providencia de fecha febrero 25 de 2013, Ref. 36.942. M.P: Sonia Rodríguez Noriega, se expresó:

“En este orden de ideas, debe precisar la Sala que el ordenamiento jurídico colombiano, de manera general, regula la figura referida, en el marco de la disposición establecida en el artículo 1568 del Código Civil, al determinar de manera expresa, las obligaciones solidarias de carácter legal y de carácter contractual. Así, en su tenor literal establece el referido artículo que “En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primera caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”

Bajo esta disposición, se puede señalar que la solidaridad opera cuando esta ha sido determinada de manera expresa por las partes contractuales, como cuando se establece expresamente por mandato legal.

Para el caso bajo estudio, debemos señalar que el Decreto 050 de 2003 -cuyas disposiciones se aplican a cualquier persona natural o jurídica responsable de

⁵ Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo Tomo II Derecho de Obligaciones P. 60

la generación, presupuestación, recaudo, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-, en el marco de la disposición establecida en el artículo 41 de ésta, establece que:

Los contratos por capitación que celebren las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud, no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los terceros contratados para la prestación de servicios deberán ser entidades o personas debidamente habilitadas para cumplir estas funciones conforme al Decreto 2309 de 2002 y demás normas vigentes. En la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por remisión a terceros.

Se considera práctica insegura, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS), con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios.

Será solidariamente responsable la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) y la Entidad Promotora de Salud (EPS) de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, cuando haya sido autorizada para el efecto.

En este sentido se debe precisar que, conforme a la disposición descrita, la figura de responsabilidad solidaria puede aplicarse de manera expresa frente a las Entidades Promotoras de Salud, con ocasión de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, siempre que aquella la haya autorizado a esta para tales efectos. Valga aclarar que, en este punto la normatividad descrita no hace referencia respecto al carácter de la autorización, lo cual conduce a señalar en que esta puede darse de manera expresa o tácita.

Así las cosas, en el caso bajo examen tenemos que efectivamente entre la parte demandante CUIDADOS MÉDICOS IPS LTDA y SERVICIO MÉDICO FAMILIAR SERMEFAM LTDA, se celebró un contrato de prestación de servicios médicos de atención de primer nivel completo a los usuarios del Plan Obligatorio de Salud, Régimen Contributivo, afiliados a HUMANAVIVIR S.A. E.P.S (Folio 10 y siguientes del cuaderno principal No 2), lo que determina de manera inexorable la existencia de una relación jurídica entre esta última y SERMEFAM, encaminada a la prestación de los referidos servicios médicos.

Ahora bien, en cuanto a la autorización de la subcontratación requerida para la configuración de la responsabilidad solidaria, es necesario señalar que en el marco de la ejecución del contrato de prestación de servicios médicos

celebrado entre la Cuidados Médicos IPS Ltda. y SERMEFAM –configurativo de la subcontratación-, la EPS HUMANA VIVIR tuvo conocimiento acerca de la celebración y ejecución del contrato referido, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a éste, lo que conduce a determinar la autorización implícita de subcontratación por parte de la EPS.

Bajo este mismo sentido se puede observar que en el plenario a folio 194 del cuaderno principal se avizora en escrito presentado por el representante legal de la entidad demandada, en donde acepta la existencia de la deuda, y señala que la IPS cuidados médicos fue subcontratada por éstos con pleno conocimiento y debida autorización de la EPS HUMANA VIVIR, así mismo, sostiene que esta EPS es solidaria con la deuda insoluta que se tiene con la IPS CUIDADOS MÉDICOS a razón del artículo 41 del Decreto 050 de 2003 en donde se señala la responsabilidad solidaria que tienen las EPS por el incumplimiento en que incurran las entidades que adelantaron la subcontratación.

Conforme a estos preceptos fácticos se puede colegir la existencia de la responsabilidad solidaridad legal en la obligación, como se puede deducir de las pruebas que obran en el expediente, dado que SERMEFAM estaba autorizada por HUMANA VIVIR para realizar subcontratos, como en el caso de CUIDADOS MÉDICOS LTDA., en donde concedió su autorización teniendo pleno conocimiento de esta subcontratación, lo que la convierte en una obligada solidaria por el incumplimiento de los pagos del servicio prestados por Cuidados Médicos.”

(...)

LA LEY Y LA SOLIDARIDAD EN EL PRESENTE CASO

Pero igualmente se arriba a esta conclusión por vía expresa del legislador que ha recogido este principio, como lo pone de presente la apelante, pues el artículo 41 del Decreto 050 de 2003, que transcribe en la demanda, en el cual se considera solidario a la prestadora de servicios de salud que haya autorizado la contratación con terceros de dicha prestación, ante los incumplimientos que ocurran en los mismos.-

Definido ello, no hay duda que de hecho el A-quo admite que el título son los contratos de prestación, pero no observó la subcontratación autorizada expresamente y que integra a los subcontratistas al síndrome prestacional integral del objeto del contrato, por lo que no hace ninguna consideración al respecto y de donde se desprende la existencia del vínculo indisoluble, entre ellos respecto del cumplimiento de la contraprestación, en caso de no cumplimiento por parte del contratante inicial, quedando los otros aspectos y elementos de la obligación, para ser discutidos en el transcurso del proceso y mediante los mecanismos procesales correspondientes, limitándose esta providencia al establecimiento de la carencia de fundamentos del funcionario de primera instancia para negar el dictar la orden de pago que sirva de entrada a la discusión judicial.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 1602 y 1568 C. C, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencias de 2 de agosto de 2001 y 29 de junio de 2007, Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil-Familia, sentencia de febrero 25 de 2013, Ref.

36.942. M.P. Sonia Rodríguez Noriega, Decreto 050 de 2003, artículo 41, Decreto 2309 de 2002.

DEMANDANTE: Droguería Klendal S.A.

DEMANDADO: Famisanar E.P.S.

FECHA: Abril 11 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-03-010-2013-00280-01/ **38.107**

DECISIÓN: Revoca el auto apelado. Libra mandamiento de pago

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE HACIENDA COMERCIAL-Validez/Objeto Ilícito por contravenir el derecho público de la Nación/JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Operan bajo la modalidad de concesión administrativa/Su explotación está reservada al Estado/

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA

Causa Fáctica: En el presente caso, se pretende por parte de la actora que se declare el incumplimiento contractual por parte de la demandada, a quien le fue cedida la explotación del juego de chance que manifiesta la actora desarrollaba.

Extractos: “En el presente caso se trata de analizar el cumplimiento de un contrato celebrado entre demandante y demandada; para tal efecto hay que aplicar las disposiciones relacionadas con la resolución y cumplimiento de contratos bilaterales, cuya regla general se encuentra en el Código Civil, en el artículo 1546 cuyo texto es el siguiente: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios.”*

Para efectos de exigir las obligaciones nacidas del contrato también hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 1602 del C.C, en lo referente a que el contrato debe ser legalmente celebrado. Estas reglas civiles se aplican por extensión a los contratos mercantiles, por expresa disposición del artículo 822 del C. de Co.

Antes de entrar a dilucidar lo relativo al cumplimiento o no del contrato, hay que analizar, la validez del mismo a saber:

Elementos de validez del contrato

Son los mismos requisitos para obligarse que señala el Art. 1502 C.C.: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Debe precisarse que las expresiones elementos y requisitos no son en realidad sinónimas. El elemento se define como algo que es parte de un todo y requisito, en cambio se entiende como algo que hace relación al aspecto puramente externo de una cosa, es algo exterior que se requiere para la validez de un acto o contrato.

1.1 El objeto lícito:

Es el que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público, lo contrario es el objeto ilícito. El Art. 1519 C.C. señala: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.*

De la nulidad absoluta

Suscrito un contrato, con el conjunto de formalidades que le sean propias de acuerdo con el ordenamiento legal que lo reglamenta, adquiere perfección y su destino es el de producir los efectos

que por su medio buscaron los contratantes. Con igual poder de voluntad el contrato puede ser invalidado por las partes, como también por causas legales, con intervención del órgano competente, que declare la resolución, la rescisión, la nulidad o la simulación de ese acto jurídico. Según el derecho positivo la nulidad absoluta se funda en razones de interés general o de orden público. Se produce por violar una prohibición de la Ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto desde el momento mismo de su realización.

El artículo 1740 del C.C. señala que es nulo todo acto o contrato en que falte alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor mismo del acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes; y a su vez el artículo 1741 preceptúa lo siguiente:

“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 acto o contrato.”

En resumen las causales que dan lugar a la declaratoria de nulidad absoluta son:

- a) Objeto ilícito
- b) Causa ilícita
- c) La falta de solemnidades
- d) La incapacidad absoluta

CASO CONCRETO

En el sub examine, antes de desatar el estudio de los motivos de impugnación de la demandante se hace necesario en primera medida estudiar la excepción de mérito denominada ILICITUD DEL OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE HACIENDA COMERCIAL presentada por la parte demandada, que fue declarada no probada en la sentencia recurrida, y que trae a colación el demandado en esta sede. Ello en virtud a que la misma ataca directamente la validez del contrato de hacienda comercial.

Excepción de mérito denominada ILICITUD DEL OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE HACIENDA COMERCIAL.

El OBJETO del contrato de hacienda comercial es el siguiente: *“EL ARRENDADOR, concede al ARRENDATARIO el goce de toda la fuerza de venta de apuestas permanentes de su propiedad, incluyendo dentro de ella toda forma de comercialización de apuestas a través de puntos fijos, venta ambulante y todo aquellos medios utilizados en la colocación del chance; para que EL ARRENDATARIO continúe con esta actividad y además realice todo tipo de actividad comercial lícita relacionada con la explotación de juego de suerte y azar”.*

Argumenta el demandado la excepción de mérito presentada bajo las siguientes consideraciones:

- Que la demandante Marylin Del Rosario Lambis Román no es concesionaria de apuestas permanentes tal como lo demuestran las pruebas legalmente allegadas al presente proceso provenientes del Departamento del Atlántico a través de la empresa de Apuestas Permanentes EDUSUERTE; y sólo se puede operar el juego de apuestas permanentes a través de un contrato de concesión otorgado por los Departamentos. Luego no puede operar, ni mucho menos dar, ofrecer o contratar fungiendo como concesionaria del juego de apuestas permanentes.

- Que el contrato de hacienda comercial contraviene al derecho público especialmente el art. 336 de la Constitución política Nacional y la Ley Estatutaria 643 de 2001 que prevén la explotación de las apuestas permanentes única exclusivamente por sociedades comerciales escogidas mediante licitación. Pues la ley 643 de 2001 prohibió la explotación de los juegos de suerte y azar por personas naturales, pues solamente las sociedades comerciales pueden explotar esos monopolios.
- No puede entonces reclamar la demandante el cumplimiento de un contrato cuyo objeto es ilícito puesto que si no es concesionaria de ninguna manera puede arrogarse funciones de “comercialización de apuestas a través de puntos fijos, venta ambulante y todos aquellos medios utilizados en la colocación del chance”, pues ello lo llevaría a ser sancionados de conformidad con el art. 44 de la ley 643 y por estar incurso en el delito tipificado en el art. 312 del Código Penal.

Observa la Sala que el a quo declaró no probada la excepción en comento bajo el siguiente pronunciamiento: “... y en el terreno de las excepciones de la demandada, se tiene que, en cuanto a la supuesta ilicitud del objeto del contrato de arrendamiento de hacienda comercial, planteada por la demandada mediante el uso de la excepción se tiene ab initio, que ese no era el tema de prueba ni mucho menos la excepción pudo abrigarlo. En tal caso, debió el apoderado de la empresa demandada, probar el supuesto hecho de sus afirmaciones tal como lo dispone imperativamente el artículo 177 del C. de P. Civil, puesto que era de su resorte o carga probatoria la de acreditar que el contrato aludido tenía un objeto ilícito y poner al descubierto el motivo de la ilicitud.

“Ahora bien, realmente no vislumbra el Despacho a tenor del artículo 1519 del Código Civil, el porqué de la ilegalidad del contrato ya que según muestra el expediente la actividad que ejercía LAMBIS ROMAN al momento de la celebración del contrato de arrendamiento (15 de julio de 2001) no lucía como ilícita, por lo menos no aparece acreditado así en el expediente. Vale decir la demandada no acreditó de manera concreta el hecho de que la demandante ejerciera su actividad contraria a la legalidad”.

No obstante, difiriere la Sala de lo antes expuesto puesto que no es cierto que el demandado no arrió al plenario prueba de tal hecho, en razón a que entre las pruebas DOCUMENTALES A PEDIR el demandado solicitó: “Sírvasse oficiar a la Gobernación del Atlántico y a la Alcaldía de Barranquilla a fin de que certifiquen si la señora MARLYN DEL ROSARIO LAMBIS ROMAN es o ha sido CONCESIONARIA de esas entidades para la explotación de los juegos de azar o de suerte, en especial apuestas permanentes o chance en el Departamento del Atlántico y/o el Distrito de Barranquilla, en caso afirmativo desde cuándo y cuando terminaron dichas concesiones o si están vigentes”⁶.

Prueba que se arrió al expediente como se puede observar a folios 417 al 419, a través de oficio GER-082-10 Suscrito por el Gerente de la Empresa Departamental de Juegos de Suerte y Azar – EDUSUERTE- Doctor Luis Fernando De La Peña Trujillo en la que informó al Despacho luego de hacer unas consideraciones sobre el monopolio rentístico y la explotación como arbitrio rentístico del juego de apuestas permanentes o chance que “en conclusión, ni el Departamento del Atlántico, ni la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico el Liquidación, ni la actual Empresa Departamental de Juegos de Suerte y Azar, han autorizado a la Señora MARLYN DEL ROSARIO LAMBIS ROMAN, como cesionaria de ninguno de los contratos a los cuales se hace referencia, máxime si para la operación del juego de apuestas permanentes se requiere ser persona jurídica.”

Precisado lo anterior, se trae a colación en este proveído la sentencia del Consejo de Estado de fecha (18) de enero de dos mil doce (2012), que contextualizó lo referente a la celebración de este tipo de contratos de la siguiente manera:

“Los juegos de apuestas permanentes con premio en dinero están regulados por una normativa especial, concretamente la Ley 1 de 1982, el Decreto 386 de 1.983, el Decreto 33 de 1.984, el Decreto Ley 1222 de 1.986,

⁶ Folio 292-293 del expediente.

y el Decreto 1988 de 1.987. Sobre el particular, conviene recordar lo que señaló el Consejo de Estado en sentencia de fecha 18 de enero de 2012 que tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato en referencia, la cual citamos in extenso porque ella tiene aplicación integral al caso materia de estudio. Dijo la Sala de lo Contencioso Administrativo en esa oportunidad:

“1. La naturaleza jurídica del contrato de concesión de apuestas permanentes.

“El artículo 336 de la Constitución Política permite el establecimiento de monopolios sobre los juegos de suerte y azar como un arbitrio rentístico para que tales ingresos se destinen exclusivamente a los servicios de salud. Al igual que el monopolio de los licores y los arbitrios rentísticos que en adelante establezca la ley con una finalidad de interés público o social, corresponde a ésta fijar para cada monopolio un régimen propio, relativo a su organización, administración, control y explotación.

*“Como una fuente de financiación para los servicios seccionales de salud, la ley 1ª de 1982 expedida con fundamento en el artículo 31 de la Constitución anterior, autorizó a las loterías establecidas por la ley o las beneficencias que las administren, ‘para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero’, los cuales podrían ‘ser realizados por las mismas entidades o mediante **contrato de concesión con particulares**’ (resaltado de la Sala).*

“Por su parte el Decreto 0033 de 1984, reglamentario de la ley en los pormenores del juego de apuestas permanentes y el manejo de la renta obtenida a través de ellos, reiteró la opción de encargar esta actividad mediante contrato de concesión (art 2º) y lo definió como aquel que ‘celebran la lotería o beneficencia que las administre y los Servicios Seccionales de Salud en los Territorios Nacionales, de una parte, con personas naturales o jurídicas, de la otra, para que éstas últimas ejecuten por su cuenta todos los actos correspondientes del Juego de Apuestas Permanentes’ (art. 4º).

“No obstante la ley haber reglamentado aspectos específicos tales como los derechos y las obligaciones de los concesionarios, las sanciones y los procedimientos, no hizo referencia a la manera como se haría la selección de los concesionarios cuando la entidad pública dueña de la renta decidiera no explotar los juegos de suerte o azar en forma directa.

“Por consiguiente, se está en presencia de una actividad que constitucional y legalmente le pertenece al Estado, cuya explotación puede encomendar a terceros de la misma forma como se entrega a éstos el desarrollo de cualquiera de las actividades estatales, esto es, a través de la concesión.

(...)

“En otras palabras, puede decirse que la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal.

(...)

“Por lo anteriormente expuesto, le asiste razón al actor cuando afirma que el contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte y azar es de los mismos a que se refiere la ley de contratación administrativa, así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley (art. 2º ordinal 3 ley 80 de 1993), toda vez que de la definición legal puede extraerse un concepto genérico, debido a que en nuestra legislación la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

“En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas. En esto la ley cumple con el mandato constitucional de darle a cada monopolio su “régimen propio” en los términos del artículo 336 de la Carta, el cual como es obvio habrá de complementarse con las normas generales de contratación de las entidades estatales en lo no regulado en él.

“En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público. Es el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio

y que permite su explotación como arbitrio rentístico y fuente de financiación de servicios públicos que le son inherentes a la función social del Estado, como lo son la salud y la educación respectivamente (art. 49, 67, 365 y 366 Constitución Política).

“Sin perjuicio de la normatividad que particularmente se aplica al contrato de concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, esto es, la ley 1ª de 1982 y los decretos reglamentarios 386 de 1983 y 033 de 1984 fundamentalmente, la entidad pública concedente para la selección de los concesionarios debe acudir a los principios, al régimen de inhabilidades, al procedimiento de selección y a la formación de los contratos establecidos por el estatuto general de contratación administrativa, porque el contrato de concesión es uno solo para el derecho público.

“Ya la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 7 de marzo de 1.988 (Exp. No.15) al examinar el régimen jurídico del contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte o azar señaló:

‘De manera que el enfoque inicial debe hacerse hacia el examen de este contrato administrativo, para deducir de allí las reglas que gobiernan el que pueda celebrarse para llevar a efecto los juegos de apuestas permanentes. El contrato de concesión no aparece expresamente reconocido y definido como tal en la legislación colombiana, y solo en el artículo 1º de la ley 58 de 1982 se incluye en los siguientes términos: “.....aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio”. Confirmado lo anterior, el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983 inicia la enumeración de los contratos administrativos, precisamente con el de “concesión”, pero de servicios públicos.’

“No obstante lo anterior, es preciso reconocer que el que celebran las loterías y beneficencias (al que alude el cargo), aunque no sea de concesión de servicios públicos, es administrativo por su naturaleza y puede en consecuencia tenerse como tal habida consideración de que, ni la ley 19/82 ni el decreto 222/83 agotan la materia del contrato administrativo, sin que esto último obste para utilizar y aplicar normas de la contratación administrativa, en cuanto sean pertinentes, según pasa a hacerse.” (Resaltos fuera del texto)⁷

En efecto, el contrato de concesión es de naturaleza administrativa, luego, no puede estar sometido a normas de derecho privado y menos cuando tiene la cláusula de caducidad para su control por esta jurisdicción, siendo la naturaleza de su objeto de derecho público y su finalidad de interés público la que lo caracteriza como contrato administrativo. El cual se ha entendido como el *"acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas"*⁸.

De lo anterior, no cabe duda que sólo a partir de la celebración del respectivo contrato de concesión se autorizaría a la accionante celebrar contratos cuyo objeto fuera la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o a cualquiera de las entidades públicas; adviértase que en el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio y que permite su explotación como arbitrio rentístico y fuente de financiación de servicios públicos que le son inherentes a la función social del Estado (art. 49, 67, 365 y 366 Constitución Política). Así las cosas, al no allegar la demandante el respectivo contrato de concesión con el Departamento del Atlántico mediante el cual se le autorizara realizar contrato de hacienda comercial con el objeto de conceder al arrendatario el *goce de toda la fuerza de venta de apuestas permanentes de su propiedad, incluyendo dentro de ella toda forma de comercialización de apuestas a través de puntos fijos, venta ambulante y todo aquellos medios utilizados en la colocación del chance; para que EL ARRENDATARIO continúe con esta actividad y además realice todo tipo de actividad comercial lícita relacionada con la explotación de juego de suerte y azar*". Por lo cual dicho objeto se torna ilícito, en la medida que contraviene al derecho público de la nación."

FUENTE NORMATIVA: artículo 1546, 1502, 1519, 1740, 1741 y 1602 Código Civil, artículo 822 Código de Comercio, Consejo de Estado, Sentencia del 18 de enero de 2012, artículos 49, 67, 365 y 366.

⁷ Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1.998. CP.: Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10.217.

⁸ Derecho Administrativo, Miguel S. Marienhof. Editorial Albatro. Buenos Aires 1983. Tomo III A. Pág. 34.

DEMANDANTE: Marlyn Del Rosario Lambis Roman

DEMANDADO: Unión De Empresarios De Apuestas Permanentes Del Atlántico S.A “Uniapuestas S.A

FECHA: Marzo 20 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-011-2008-00242-01/**37.695**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara nulidad del contrato.

2. SALA LABORAL

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-Libertad probatoria para la demostración de la calidad de compañera permanente/**MUERTE POR DESAPARECIMIENTO**- La ausencia del finado no se trató de un abandono de hogar o de una separación de pareja/**PRUEBA TESTIMONIAL Y DOCUMENTAL**-Las publicaciones en medios periodísticos y los testimonios recaudados dan cuenta de la desaparición del finado y de la convivencia de la demandante.

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

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita la sustitución pensional de su fallecido compañero permanente, quien asegura que convivió más de dos años continuos con el causante hasta el momento de su desaparecimiento, y por lo tanto, se hace acreedora a tal derecho.

Extractos: “Resulta menester dejar aclarado que la vida marital hasta la muerte del asegurado y la convivencia con este no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, constituye una cuestión fáctica que debe demostrarse por quien invoque su condición de cónyuge supérstite o compañera permanente y quiera beneficiarse de este derecho, carga probatoria que puede cumplir la demandante a través de cualquier medio probatorio permitido por el Régimen Procesal Laboral<art.51>, y no basta con la simple aseveración del solicitante, ya que esta no constituye en estricto sentido una confesión ficta o presunta que debe ser desvirtuada por su contraparte <art. 195 C.P.C.>.

La demandante acompañó a su demanda la copia del registro civil de nacimiento⁹ en donde consta que el joven Héctor José Camargo Pacheco es hijo de la actora con el causante, como antes se anotó.

Durante el trámite del proceso fueron recepcionados el interrogatorio de parte absuelto por la demandante¹⁰ y la declaración de la señora Ruby Estela Rambal Guerrero¹¹.

La actora al absolver el interrogatorio de parte, expresó que el finado Víctor Manuel Camargo Suarez laboró en la empresa HELICOL pero que desconocía si ésta ya lo había pensionado, toda vez que fue varias veces a la Cooperativa de AVIANCA, pues cree que la empresa HELICOL le pertenece, y allí solo le dijeron que para darle información el señor Víctor Manuel Camargo Suarez debía aparecer, sin embargo, ella no sabía si aún continuaba con vida ya que el día 17 de mayo del año 2.000 salió de su casa y desapareció. Relató que a los 7 meses de la desaparición del señor Víctor Camargo Suarez dejaron un maletín grande en su casa que contenía unos restos, y llamó a los hermanos del señor Víctor, los cuales llamaron a la

⁹ Ver folio 16.

¹⁰ Audiencia del 21 de marzo de 2.013 minuto 11:22-17:40 1º archivo del CD.

¹¹ Audiencia del 21 de marzo de 2.013 minuto 17:52-25:13 1º archivo del CD.

Policía, encargándose estos de los restos. Así mismo, indicó que posteriormente fue citada junto con su hijo a Medicina Legal para que se hicieran una prueba de ADN, la cual una vez realizada salió positiva y le entregaron los restos del difunto Víctor Camargo Suarez. También aseveró que ella ha seguido con el proceso de la pensión pero que antes nadie la había querido ayudar bien y que en su momento no inició proceso porque no tenía la prueba de que los restos fueran de él, sin que hasta este momento haya iniciado proceso contra HELICOL.

A su turno, la señora Ruby Rambal Guerrero, manifestó que conoció al finado Víctor Camargo Suarez y a la demandante viviendo desde hace años como marido y mujer porque es vecina de ellos desde hace 32 a 33 años. Señaló que el causante y la actora tuvieron un hijo ya mayor llamado Héctor Camargo Pacheco y que nunca se separaron durante el tiempo que convivieron en la Calle 34 con 32. Afirmó que el señor Víctor Camargo sostuvo a la demandante todo el tiempo ya que ella se dedicó al hogar y nunca laboró, ayudándola en la actualidad sus familiares y algunos vecinos. Respecto a la muerte del señor Víctor Camargo, dijo que sólo sabía que este desapareció cuando salió a trabajar en mayo de 2.000, y que después de que lo dieron por muerto al reconocerlo, descansan sus restos en el cementerio universal. También expresó que desconocía si el señor Víctor Camargo tenía afiliados en salud a la actora y a su hijo.

Analizando el testimonio rendido en el proceso se observa que es concordante con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, y así mismo, que es consistente e imprime certeza al apuntar que la actora y el causante convivieron por más de 30 años hasta el momento de su desaparición, que la demandante dependía económicamente del afiliado fallecido, además de que el vínculo de convivencia se mantuvo de manera efectiva y continua hasta el día que él desapareció.

Lo anterior pone en evidencia que la no convivencia de la demandante con el afiliado con posterioridad a su desaparición, no fue voluntaria ni por culpa atribuible a la demandante, sino que por el contrario obedeció a causas externas ocurrida cuando éste se dirigía a su lugar de trabajo y que siete meses después aparecieron sus restos que en últimas lograron confirmar su muerte, aseveración que también tiene contundente respaldo con los registros noticiosos en medios periodísticos tales como el “Diario La Libertad” que militan a folios 64 y 65 del plenario.

Por el contrario, carece de sustento probatorio lo alegado por el recurrente dado que en ningún momento se demostró en el expediente que el señor Víctor Camargo “dejó” la vivienda en la que convivía con la actora en el año de “1.995”, pues lo que se acreditó realmente fue que el causante salió a laborar en mayo del año 2.000, y meses después se encontraron sus restos en un maletín que precisamente fue llevado a la vivienda ubicada en la Calle 34 con 32-27, lugar donde estaba conviviendo con la demandante y del cual salió para ir a trabajar, lo cual implica que la ausencia del finado no se trató de un abandono de hogar o de una separación de pareja, ya que esta obedeció a razones de trabajo, lo que se traduce en la búsqueda del fortalecimiento económico para la manutención de su núcleo familiar, y conlleva a la inexorable conclusión que la vida marital y convivencia efectiva entre la demandante y el causante se mantuvo hasta el momento de la desaparición forzada que acarreó su muerte.

Tampoco le asiste razón al apelante al indicar que la convivencia no estaba demostrada porque la demandante desconocía que el causante era pensionado de la empresa HELICOL y que no había presentado solicitud de pensión de sobreviviente a dicha empresa, toda vez

que al absolver el interrogatorio de parte manifestó que ella siempre tuvo presente que él laboró para HELICOL, y por ello, se dirigió a la Cooperativa de AVIANCA para obtener información bajo la creencia de que la citada empresa pertenece a AVIANCA, sin que en ese momento haya estado lo suficientemente asesorada para solicitar la pensión de sobreviviente.

En cuanto a la alegación relativa a que no se puede demostrar si la actora dependía económicamente del causante, resulta infundado tal argumento, ya que la afiliación al servicio de salud no es el único medio idóneo para demostrar la dependencia económica, si se repara que para probar este supuesto fáctico, el ordenamiento jurídico no prevé prueba *ad substantiam actus*, por lo que es dable establecerla por cualquier medio probatorio, como la prueba testimonial, como acontece en este caso, pues lo determinante es que la vida marital y la convivencia efectiva de la actora con el causante se encuentre probada.

Sobre el concepto de convivencia para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 31921 del 22 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, precisó:

“Ha explicado esta Sala de la Corte que dentro del nuevo esquema constitucional de la familia, la efectiva y real vida de pareja -anclada en lazos de afecto y fraguada en el crisol de la solidaridad, de la colaboración y del apoyo mutuos- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado, se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero. Es claro, entonces, que la Sala ha privilegiado la efectiva comunidad de vida, soportada en serios nudos afectivos y en el compromiso de solidaridad, protección, ayuda y sostén mutuos de la pareja como el factor determinante para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes.”

Así mismo, por la pertinencia con el tópico del debate, se trae a colación la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. del 26 de marzo de 2004, Radicación N° 21832, en la que se dilucidó respecto a la convivencia de quien se ausentara de su hogar por motivos de trabajo y cuyo fallecimiento ocurre en otro país, donde se acotó:

(...)

La norma en comento no habla de la convivencia marital a que se refiere el Tribunal y el acusador, y si bien podría asemejarse a lo expresado en la disposición legal de estar los cónyuges unidos en la época de la muerte del pensionado, lo cierto es que esa vida en común no se vio afectada por culpa atribuible a la demandante, por razón a que el distanciamiento de la pareja o el hecho de que los esposos no estaban materialmente unidos bajo el mismo techo al momento del fallecimiento, obedeció a que el causante viajó al exterior por cuestiones de trabajo, más no porque se haya presentado una eventual separación por responsabilidad imputable a la cónyuge sobreviviente.

(...)

En efecto, para la Sala, la circunstancia de que el pensionado fallecido se ausentara para residir en el exterior por motivos de trabajo, no es abandono de hogar, pero si en gracia de discusión así se considerara, el mismo no se dio por culpa de la cónyuge. Aquí es bueno destacar, que conforme a la citada norma, si persistía la convivencia aún con abandono cuando no concurre culpa de la viuda, con mayor razón no se pierde el derecho cuando esas interrupciones en la convivencia obedecieron exclusivamente al fortalecimiento económico que buscó el causante para la manutención de su familia.

(...)

En el presente caso como antes se indicó obran las documentales que militan a folio 64 y 65 del expediente, que ponen de presente la publicación en los periódicos sobre la desaparición del señor Víctor Camargo Suarez desde el día 18 de mayo de 2.000 cuando viajó a la ciudad de Montería a realizar labores como mecánico de aviación, como de la entrega de sus restos

por medio de un maletín en la puerta de su casa ubicada en la Calle 34 No 32-27, registros noticiosos que guardan concordancia con los indicados por la testigo, quien también señaló esa dirección como el lugar donde la actora y el causante convivieron como marido y mujer por muchos años, de quien dependía económicamente.

Luego, fuerza concluir que le asistió razón al A-quo para conceder la pensión reclamada al encontrarse acreditados los requisitos legales para su reconocimiento a favor de la demandante, debiéndose confirmar la condena por pensión de sobreviviente impuesta en la sentencia objeto de apelación, sin que se erija como impedimento para tal reconocimiento y pago la alegada compartibilidad pensional que indica el apelante, ya que en todo caso la entidad demandada como entidad de la seguridad social le asiste la obligación de reconocer y cancelar la prestación económica reclamada, sin que incida en su monto la que le llegare a reconocer el empleador del afiliado como pensión extralegal y la pensión de orden legal que se concede a su beneficiaria por esta vía judicial, por cuanto quien en últimas podría subrogarse total o parcialmente de su pago en el evento de que realmente llegase a ser compartida, es el empleador del causante y no la entidad de seguridad social a la cual se encontraba afiliado y aportando, como lo es hoy Colpensiones.

Ahora bien, al prosperar la pretensión principal de la demandante se hace necesario el estudio del segundo problema jurídico, esto es, verificar si era procedente el reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993, a los cuales también condenó el Juez de primera instancia.

El artículo 141 de la Ley 100 de 1.993 contempla que los intereses moratorios se generan por mora a favor de los pensionados por el retardo en el pago de sus mesadas pensionales. Así mismo, precisa la Sala que éstos se causan a partir de la fecha en que se generó la mora, esto es, cuando el beneficiario reúne los requisitos establecidos en la norma que regula la obligación pensional y eleva la solicitud respectiva ante la entidad encargada de su reconocimiento, la cual estando obligada a definir el derecho reclamado y cancelar las mesadas correspondientes, no lo hace oportunamente dentro del tiempo estipulado por la Ley.

Sobre el momento a partir del cual se deben reconocer y pagar los intereses moratorios de las mesadas pensionales, para el caso específico de las pensiones de sobreviviente, debemos indicar que el artículo 1º de la Ley 717 de 2.001, establece que el reconocimiento del derecho pensional por parte de las Administradoras debe efectuarse a más tardar 2 meses después de radicada la solicitud y, consecuentemente, la Jurisprudencia ha decantado que el reconocimiento de los intereses moratorios debe hacerse 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, éstas no lo hacen.

Descendiendo al caso sub examine, encontramos que para el día en que la actora solicitó la pensión de sobreviviente **<9 de septiembre de 2.010>**¹², y que le fue negada mediante la citada Resolución No 0000000103 del 13 de enero de 2.012, el derecho ya se encontraba causado, por lo que en consecuencia, el reconocimiento de dicha prestación debió hacerse a más tardar a los 2 meses después de la solicitud, esto es, el **10 de noviembre de 2.010**, tal como lo contempla el artículo 1º de la Ley 717 de 2.001 y lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencias tales como la **SU-975 de 2003 y la T-1194 de 2004**, para el

¹² Ver folio 22.

reconocimiento de las pensiones, de donde se evidencia que la entidad de seguridad social demandada no se ciñó a los preceptos legales y jurisprudenciales, toda vez que no reconoció oportunamente las mesadas pensionales de la demandante dentro del término legal.

Sin embargo, como el A-quo ordenó el pago de los intereses moratorios a partir del 17 de julio de 2.012, para no hacer más gravosa la situación de la demandada por ser apelante único, en virtud del principio constitucional de la no reformatio in pejus consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, se mantendrá la condena por intereses moratorios en los términos indicados por el Juez de primera instancia.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 46, 47 y 141 de Ley 100 de 1.993, Artículo 1º de la Ley 717 de 2.001, Sentencias de la Corte Constitucional: SU-975 de 2003¹³ y T-1194 de 2004¹⁴, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral: calendadas 27 de septiembre de 2001 - Rad. 15.689¹⁵; 26 de marzo de 2.004 – Rad. 21832¹⁶; 15 de agosto de 2.006 - Rad. 27268¹⁷, 15 de agosto de 2006 - Rad. 27540¹⁸; 4 de Junio de 2.008 - Rad. 32141¹⁹; y del 22 de julio de 2.008, Rad. 31921²⁰.

FECHA: Abril 9 de 2014

DEMANDANTE: Martha Pacheco Mercado

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales Hoy En Liquidación – Administradora Colombiana de Pensiones.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-008-2012-00423-01/ **50180-A**

DECISIÓN: Se confirma la providencia apelada, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

DICTAMEN DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-Naturaleza jurídica/Reglamentación/ VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL- Si el demandante pretendía una nueva valoración para pérdida de la capacidad laboral, debió solicitarlo en la demanda, siendo responsabilidad de las partes elegir y aportar los medios de prueba necesarios/**LIBERTAD VALORATIVA-** Le da la facultad al Juez Laboral de apreciar libremente las pruebas en relación a la pérdida de la capacidad laboral

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. MARÍA OLGA HENAO DELGADO

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se ordene a la demandada que tenga en cuenta que la Bronquitis Crónica que padece y que fue dictaminada en su momento por Fasecolda y se incremente el porcentaje de la valoración y se mantenga el porcentaje dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Extractos: “Ahora bien, los artículos 41 y 42 de la Ley 100 de 1993, consagran que el estado de invalidez se determina de conformidad con el Manual Único de calificación y que las Juntas Regionales son las encargadas en primera instancia de emitir los respectivos dictámenes, veamos:

¹³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵ M.P. Luis Gonzalo Toro Correa.

¹⁶ M.P. Dr. Luis Javier Osorio López.

¹⁷ M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

¹⁸ M.P. Dr. Luis Javier Osorio López.

¹⁹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas

²⁰ M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

“ART. 41.—Calificación del estado de invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.

ART. 42.—Juntas regionales de calificación de invalidez. En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen.

Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. ...”

Es así como las decisiones proferidas por las Juntas Calificadoras de Invalidez, son dictámenes periciales, cuya apreciación surge de las mismas características estructurales de un peritaje, en cuanto que, quien lo expide posee especiales conocimientos científicos y técnicos, así como por la misma complejidad y especialización que implica determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de una persona.

Conforme al Decreto 2463 de 2001. ARTICULO 40: *“Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral.*

Los procedimientos, recursos y trámites de las juntas de calificación de invalidez se realizarán conforme al presente decreto y sus actuaciones no constituyen actos administrativos”. (Subrayado fuera de texto).

Del artículo anterior, es claro que los dictámenes emitidos por las Juntas, son susceptibles de ser controvertidos ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, tal como se pretende en este asunto.

No es materia de discusión en el presente caso que el señor Octavio Jiménez Barros sufrió un accidente de trabajo en fecha 9 de julio de 2002 (fl. 6), que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 42,60%, mediante dictamen No. 2822 del 8 de enero de 2004. Inconforme con la anterior decisión presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada, resuelto mediante dictamen N° 4875 de 20 de enero de 2004 que calificó la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 30.11% (fl. 14).

Ahora bien, se vislumbra a folios 19 a 21 formulario de evaluación de pérdida de capacidad laboral de Fasecolda (Cámara Técnica de Riesgos Profesionales), en el que se estableció como pérdida de la capacidad laboral un porcentaje del 47%; sin embargo, revisado detenidamente el documento observa la Sala que contiene tachaduras, enmendaduras relacionadas con el nombre, fecha de expedición, número de cedula, cargo desempeñado,

nombre de la empresa, lo cual le resta valor probatorio, pues no genera certeza que su contenido corresponda a los supuestos facticos en lo que se apoya el demandante, y por tanto no puede ser valorado como prueba.

Dentro del proceso se recepcionaron los testimonios de la señora MARIA ESPERANZA ROYET MENDOZA (A folio 148 a 149), PREGUNTADO: Sírvase decir si Usted conoce al señor OCTAVIO JIMENEZ en caso afirmativo porque lo conoce CONTESTO: si lo conozco al trabajador OCTAVIO JIMENEZ quien como empleado de Eternit Atlántico afiliada a ARP Bolívar sufrió un accidente de trabajo el día 9 de julio de 2002 en calidad de médica brindada a este accidente PREGUNTADO: Diga la declarante que cargo ocupa usted en la Compañía Seguros Bolívar y cuáles son sus funciones CONTESTO: me desempeño como médico asesora de la ARP de Seguros Bolívar y mis funciones están orientadas a coordinar los servicios medico derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales PREGUNTADO: manifieste al despacho si tiene conocimiento sobre el caso del señor OCTAVIO JIMENEZ en caso afirmativo sírvase manifestar todo lo que sepa CONTESTO: el señor JIMENEZ sufre un accidente laboral el día 9 de julio de 2002 y como consecuencia de este presenta lesiones en la columna lumbar, el evento es reconocido por la ARP BOLIVAR asumiendo todas las prestaciones económicas y asistenciales derivadas del mismo (asistencia médica, incapacidades y rehabilitación) una vez concluido el proceso de rehabilitación el caso es enviado a calificar las secuelas derivadas del mismo asignándole la Junta Nacional de Invalidez un porcentaje del 30,11% motivo por el cual el, ARP BOLIVAR cancela la indemnización por la pérdida de la capacidad laboral, cumpliendo así con la ley .Es de resaltar que las secuelas derivadas del accidente definida por el equipo médico que manejo la patología derivada el accidente que la fibrosis en segmento lumbar L4 y L5 sin ningún tipo de secuelas.

En proveído del 31 de agosto de 2011 el juez de la instancia ante la no comparecencia del demandante para absolver el interrogatorio de parte, presume como cierto los hechos susceptible de confesión contenidos en la preguntas No. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del cuestionario presentado antes de la diligencia.

Del análisis de las pruebas recaudadas se tiene que si bien el demandante sufrió un accidente de trabajo, la Administradora de Riesgos Profesionales cumplió con el reconocimiento de las prestaciones económicas a que había lugar, sin existir prueba de la existencia de alguna enfermedad que haya surgido como consecuencia del accidente y que afecte el porcentaje de valoración de la pérdida de la capacidad labora, sin poderse apreciar el documento de folios 19, tal como se explicó.

Y tal como se dijo arriba, si el señor Octavio Jiménez pretendía una nueva valoración para pérdida de la capacidad laboral, debió solicitarlo en la demanda, lo que no hizo, siendo responsabilidad de las partes elegir y aportar los medios de prueba necesarios para que el juez dilucide los hechos materia del litigio, de conformidad con el principio dispositivo que orienta nuestro ordenamiento jurídico, y si bien existen algunas disposiciones que con base en el principio inquisitivo postulan la facultad del juez para decretar pruebas en forma oficiosa, con el fin de verificar la realidad de los hechos, el juez en este caso no hizo uso de tal facultad. Sumado al hecho de que no se demostró por ningún medio alguna imprecisión en el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que haga que se desconozca su contenido.

Concluyendo, conforme a lo explicado, que teniendo en cuenta tanto la prueba documental obrante en el plenario y a la luz de lo consagrado en el artículo 61 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que le da la facultad al Juez Laboral de apreciar libremente las pruebas, se tendrá como tal en relación a la pérdida de la capacidad laboral del señor Octavio Jiménez Barros el dictamen realizado por la Junta Nacional de Calificación (fl. 14).

La validez de la anterior afirmación radica en que elementales principios del procedimiento colombiano le indican al juzgador que al fallar solo puede declarar la existencia de un hecho sobre la CERTEZA que tenga de él, o si está legalmente presumido por la ley, lo que lo exime de prueba en cuestión y no se demostró el hecho contrario, a razón a que el fin de la prueba es, llevar a la racionalidad al fallador la suficiente convicción para que pueda decidir con certeza el asunto materia del proceso, como se infiere de lo preceptuado en los arts. 174 y 177 del C.P.C, aplicables al proceso laboral por analogía (art 145 C. P. L; art. 61). Desde luego, ninguna de las partes goza en el proceso del privilegio especial de que se tengan por ciertos los hechos simplemente denunciados en su escrito demandatorio, sino que deberán acreditar sus propias aseveraciones, salvo las excepciones señaladas. Como quiera que el actor no cumplió con su carga probatoria, no le asiste derecho a lo deprecado.

En tanto, al echarse de menos prueba que acredite un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral en el demandante, mayor al establecido en el dictamen de la Junta de Calificación, la solicitud es desestimatoria.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 41 y 42 de la Ley 100 de 1993, artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, artículo 61 C.P.L.

DEMANDANTE: Octavio Jiménez Barros

DEMANDADO: Junta Nacional de Calificación de invalidez

FECHA: Marzo 31 de 2014

RADICACIÓN: 47235-<E

DECISIÓN: Confirma sentencia consultada

PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-No procede el reconocimiento pensional con base en la norma invocada por el actor, ni con la aplicada por el Juzgado A Quo/**PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA**- Obliga al juzgador a aplicar la norma que regule la Litis aun cuando no sea pedida por las partes

MAGISTRADO PONENTE: VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se reconozca su derecho pensional, en cualquiera de los regímenes pensionales vigentes mientras estuvo cotizando, como quiera que existe disparidad de criterios respecto de las normas jurídicas aplicables a su pretensión.

Extractos: “Demandó el actor el reconocimiento de la pensión de vejez invocando el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por cuanto contaba con tiempo de servicios en el sector público y con aportes al ISS; pretensión a la que accedió el juez de primera instancia pero bajo el Acuerdo 049 de 1990; ambos en virtud del régimen de transición pensional, que no se discute. Sin embargo, la demandada (anteriormente ISS, hoy en liquidación) en el acto administrativo consideró que bajo ninguno de los señalados preceptos normativos se

consolidaba el derecho pensional, el primero por no acreditar 20 años de servicios exclusivamente en el sector público y, el segundo, por no tener 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, ó 1000 en cualquier tiempo exclusivamente en el ISS. También lo despachó desfavorablemente bajo la Ley 71 de 1988, como quiera que el tiempo de servicios como funcionario público no fue aportado a otra caja o fondo de previsión social; igual suerte corrió con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Sea oportuno aclarar que el debate en esta instancia sólo se limitará –en principio, por las razones que más adelante se expondrán- al estudio de la prestación teniendo como sustento jurídico el mencionado Acuerdo 049, el que el inferior, a su juicio, estimó era el aplicable, y el que generó el inconformismo de la demandada recurrente a pesar de haberse solicitado bajo la Ley 33 de 1985.

Teniendo claro que no se discute que el actor es beneficiario del régimen de transición pensional, dada su edad y condición aceptada por la entidad en el citado acto administrativo, le exige el artículo 12 ibidem, como requisitos para adquirir el derecho pensional, un mínimo de (500) quinientas semanas de cotización pagadas durante los últimos (20) veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de (1000) mil semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Ahora, como tiene cumplida la edad desde el 01 de octubre de 2009, es del caso determinar lo concerniente al número de semanas cotizadas haciendo un recorrido a las probanzas obrantes en el plenario, de tal fin que se establezca si alcanzó a cotizar, entre el 01 de octubre de 1989 y el 01 de octubre de 2009, las 500 semanas de cotización o las 1000 en cualquier tiempo de que habla la norma.

Pues bien, es conocido que al actor le vienen reconocidas en el acto administrativo un total de **1059** semanas, las que se dividen así: **4724 días** ó 13 años 01 mes y 14 días en el sector público no cotizado al ISS²¹, y **2692 días** ó 7 años 05 meses y 22 días ó **384 semanas** al Instituto S.S.. No obstante, pese a que las acumuladas en el instituto coinciden con las reportadas en el resumen de semanas cotizadas -**384,57**²²-, el detalle de semanas²³ ilustra mora patronal de los empleadores Setemco Ltda y Montacargas Ibáñez Ltda en los siguientes periodos:

SETEMCO LTDA

CICLOS:

Jul a Dic de 1995.

Ene de 1996, con novedad de retiro para el ciclo de mayo del mismo año, aun cuando el ISS siguió reportando la mora para los periodos subsiguientes.

MONTACARGAS IBÁÑEZ LTDA.

CICLOS:

Nov a Dic de 1996

Ene a Dic de 1997

Ene a Dic de 1998

Ene a Sep de 1999

²¹ Las que coinciden con la certificación de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales a folios 21-22.

²² Fls. 15-18

²³ Obrante a Fls. 16-18

Así, se suman entre las dos empresas un total 42 meses en mora que equivale a 3 años y 6 meses ó **180,18 semanas** con mora patronal que, sumadas a las **384,57 semanas** reconocidas, arroja un total de **564,75 semanas** cotizadas exclusivamente ante el ISS, como lo exige el Acuerdo 049 de 1990²⁴; por lo que sin mayores esfuerzos se concluye que no le alcanzan para el reconocimiento pensional, como quiera que no acumuló las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir, entre el 01 de octubre de 1989 a 2009 de la misma data, debido a que la mitad de ellas -276,14- se efectuaron entre el 03 de febrero de 1986 a 20 de mayo de 1991, como se evidencia en dicho reporte. Y no podría sumársele el tiempo de servicios que tiene acreditado en el sector público, porque el referido Acuerdo no lo permite; recuérdese que éste solo fue concebido para los afiliados al régimen de prima media que aportaran únicamente y exclusivamente a aquella entidad, sin perjuicio de los aportes a otras cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo como servidores públicos, acumulación de aportes de distintas cajas o fondos con los del ISS que solo fue prevista en la Ley 71 de 1988 y, posteriormente, en la Ley 100 de 1993 que permitió la del tiempo como funcionario público²⁵.

Así las cosas, como el actor no acreditó los requerimientos que exigía tal norma con la cual se le sentenció en primera instancia el derecho, por ese lado no tendría vocación de prosperidad. Se advierte que tampoco bajo los cánones de la Ley 33 de 1985, como se indicó en el libelo petitorio, por cuanto ésta demanda como requisito sine quo non, además de 55 años de edad, un mínimo de 20 años de servicios exclusivamente como funcionario público, los que no cumple el demandante como quiera que solo cuenta con **4770 días ó 13 años 01 mes y 14 días** de servicios en el sector público.

Sin embargo, en la imperiosa necesidad de esclarecer espacios confusos de la controversia, y del deber que gobierna al juez en su papel como director del proceso de hallar la verdad como presupuesto de la justicia, una vez dada una lectura integral y pormenorizada al escrito demandatorio, se observa que en el acápite denominado “ANÁLISIS” el demandante apela al reconocimiento del derecho por contar con más de 20 años de servicios cotizados al sector público y privado [sic], pese a la equivocada invocación que le hizo a su solicitud con la Ley 33 de 1985; pero que en virtud del principio de derecho procesal IURIS NOVIT CURIA, que obliga al juzgador a aplicar la norma que regule la Litis aun cuando no sea pedida por las parte²⁶, se concluye que la normatividad que gobierna el asunto es por la vía de la Ley 71 de 1988, la que por primera vez habló de una pensión de jubilación por aportes permitiendo a los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces (del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales) alcanzar el derecho previo cumplimiento de la edad establecida: 60 años de edad si era hombre y 55 años si era mujer. De tal suerte que se procederá al estudio de la prestación, bajo el anterior precepto jurídico.

²⁴ Sobre el particular (la mora patronal) las sentencias T-166 de 1997; T-1019 de 1999 y T-1394 de 2000, entre otras, la Corte Constitucional fijó posiciones contundentes respecto de la obligación de cobro que tienen las distintas entidades que hacen parte de los Subsistemas del Sistema General de Seguridad Social respecto de los aportes de sus afiliados, igual la Sentencia T- 1251/05, Corte Constitucional; en concordancia con la Sentencia del 22 de Julio de 2008, Rad. 34270, CSJ, criterio reiterado en fallo del 28 de Octubre del 2008, Rad. 30164.

²⁵ Véase Sentencias del 4 de noviembre de 2004, rad. N° 23611, reiterada en la de 10 de marzo de 2009, rad. N° 35792, y más recientemente del 09 de agosto de 2011, rad. N° 37300.

²⁶ Del que se refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. N° 42578.

Pues bien, el artículo 1o del Decreto 2709 de 1994 señala que la pensión de jubilación por aportes, a la que hace referencia el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se reconocerá a quienes cumplan 60 años o más de edad, en el caso de los hombres, y acrediten en cualquier tiempo 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el ISS y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público. No obstante, contrario a lo expuesto por la entidad en el acto administrativo de no computar el tiempo de servicio por no haberse aportado a cajas o fondos de previsión social, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, Rad. N° 279308, permitió acumular tiempo de servicios y aportes dado que la afiliación para el servidor público con anterioridad a la Ley 100 no era obligatoria sino facultativa, precisamente en un caso donde se estudia la prestación bajo la fórmula de la Ley 71 de 1988, que permitió aportes de ambos sectores (públicos y privados).

Así las cosas, como el actor cuenta con **13 años 01 mes y 14 días** de servicios en el sector público, y además con **564,75** semanas cotizadas en el ISS o su equivalente de **10 años 11 meses y 23 días**, sumados entre sí arroja un total **24 años 01 mes y 07 días**, los que le resultan suficiente para la concesión del derecho pensional con fundamento en la Ley 71 de 1988. Sea del caso precisar, que la invocación del principio de derecho procesal antes citado no afecta la consonancia de lo sentenciado en primera instancia y las materias objeto de la apelación, pues, a pesar que se modificó el sustento jurídico, lo decidido se mantuvo incólume.

Ahora, como la tasa de remplazo establecida por esta ley es la del 75% del IBL, y siendo que la mesada calculada por el juez fue la del salario mínimo, se mantendrá la misma en atención a su artículo 2° en concordancia con el 35 de la Ley 100 de 1993.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 36 de la Ley 100 de 1993, Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, Ley 71 de 1988, Art. 1° del Decreto 2709 de 1994, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral: sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. N° 42578, Corte Constitucional: sentencias T-166 de 1997, T-1019 de 1999, T-1394 de 2000, T-1251 de 2005, y sentencia del 22 de julio de 2008, rad. N 34270, reiterado en la sentencia del 28 de octubre de igual año, Rad. N 30164 y Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, Rad. N° 279308

DEMANDANTE: Francisco Alfonso Camargo Varela

DEMANDADO: Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-014-2013-00061-01/ **49408**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

3. SALA PENAL

FRAUDE PROCESAL- No lo constituye conductas generadoras de incumplimiento por parte de un socio gestor frente a la rendición de cuentas o a la participación dineraria por ventas/**RECURSO DE APELACIÓN-**Debe atacar la providencia absolutoria bajo la misma adecuación típica realizada por la vista fiscal

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte recurrente pretende que se declare una nulidad de la sentencia de primera instancia, e igualmente, se revoque la sentencia absolutoria por considerar que no hubo una correcta valoración fáctica y probatoria, confundiendo los tipos penales por los cuales fue acusado el procesado.

Extractos: “De la censura en sí.

El artículo 232 de la ley 600 de 2000, es muy explícito cuando exige la necesidad de la prueba para condenar y que no es otra que la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado. Mientras que el artículo 204 ejusdem, exige que en la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

Sobre este punto tanto doctrina y jurisprudencia penal son convergentes al estimar que la competencia del Superior, viene dada por los puntos o punto del apelante en desacuerdo con la providencia que recurre en oportunidad legal, con interés para recurrir y con un sustento debido. Esto implica que solo se atiendan los aspectos que se reprochan a menos que guarden estrecha relación con otros que deben seguir la misma suerte revisoria y decisoria.

Si se mira detenidamente los argumentos del apelante brota de ellos de manera ostensible unos plurimos galimatías o irracionales conceptos jurídicos, sobre la esencia o naturaleza de los delitos que consideró la Fiscalía General de la Nación, habían ocurrido en la secuencia fáctica de nuestro interés y aquellos que considera el representante de la parte civil, se dan en este mismo escenario fáctico.

Porque la acusación es por los delitos de fraude procesal y falsedad material en documento público agravado, mientras que el impugnante se inclina por la tesis de que estamos frente al delito de *estafa* sin explicar dentro de la teoría del delito, cuáles son sus elementos estructurales y además cuando se entiende esta conducta punible consumada; desde luego que dentro del derecho penal postmoderno, igual se exige al sujeto pasivo de la acción de este delito, que debe hacerse un estudio subjetivo y activo de la posibilidad que pudiera tener para eliminar o aprehender el potencial daño o la misma argucia al dotársele de herramientas perfectamente válidas y de seguridad que pongan a salvo el patrimonio económico que se pretende por los supuestos facinerosos.

Esto así visto lo que desembocó por parte del recurrente fue un persistente fustigamiento a la labor judicial del juez de conocimiento, a quien le exigió que edificara un trabajo analítico y reflexivo sobre la secuencia fáctica, caudal probatorio y adecuación típica, cuando este si se evidencia del contenido de la sentencia absolutoria atacada, lo que pasa es que consideró que no había delito de ninguna especie, tanto que se dio a la tarea de constatar en ocho (08) acápite, cada una de las inquietudes del denunciante y no encontró la ocurrencia de delito alguno.

Pero es que los negocios jurídicos son fuentes de obligaciones y se encuentran regulados por la legislación civil y comercial de Colombia, por lo que en nuestro caso se trató de la creación de una *sociedad en comandita simple* con la intervención de Fernando Lozada y compañía S. en C., teniendo como socios comanditarios a Fernando Lozada Mendoza, hijo, y Carlos Eduardo Laguna Navas, Jorge Laguna Navas, Emma Laguna Navas y Milagros Barragán Navas, creada mediante escritura N° 2502 de 30 de abril de 1984, reformada

mediante escritura N° 3292 de 5 de junio de 1984, donde se incluye a la señora Ruth Mendoza de Lozada, todo esto verificable en las escrituras de rigor.

La constitución y reforma de la anterior sociedad, tenía unos propósitos legítimos, urbanísticos y turísticos que según se infiere de la secuencia de sus actividades, no tuvo ningún problema entre los socios y sólo aparecen inconvenientes que se rotulan delincuenciales cuando el socio gestor vende los lotes de la Finca La Diana mediante escrituras públicas N° 755 de 10-09-2004, de la Notaría de Baranoa y la N° 2511 de 07-12-2005, de la Notaría Novena de Barranquilla, a quien el denunciante le atribuye haberse apropiado indebidamente.

Pero tal como lo dice el Juez, es el mismo Jorge Laguna Navas, quien acepta que evidentemente el acusado, en principio estaba autorizado para hacer negociaciones de terreno o inmuebles que pertenecían a éste testigo y a otros de sus hermanos, teniendo participación el gestor en los negocios jurídicos, así se expresó en declaración jurada el día 18 de octubre de 2006: *“...y se sacó una comisión para quien nos consiguió el cliente, podemos decir que hasta aquí todo estuvo bien. Veamos lo que sucedió después, número uno: porque se va a hacer otra venta y ya Fernando Lozada Aduen no nos rinde la cuenta a nosotros, fue la plata para él, se va a La Diana, marca lote y vende...”*.

Aquí en estas ventas n hay ilicitud alguna lo que ocurre es que hay un incumplimiento por parte del gestor frente a la rendición de cuentas o a la participación dineraria por las ventas que la sociedad hiciera a unos terceros escogidos por Fernando Lozada Aduen, en ejercicio de sus atribuciones administrativas y en desarrollo del objeto de la sociedad en comandita simple. Ahora, si los afectados no hicieron las reclamaciones por medio de los cánones legales o instrumentos de estirpe civil para hacer valer sus derechos, son omisiones que solo a ellos se les atribuye; máxime cuando es regla general del derecho procesal civil, que nadie puede excusarse en su propia negligencia para obtener un derecho que anticipadamente lo dotaba de una actividad regulada normativamente.

Por otra parte, si las probables maniobras engañosas fueron existentes en los años de 1984 y 1985, la judicatura de estirpe penal, en esos virtuales eventos se ve impedida por prescripción de la acción penal, de cualquier reato que pudiera tipificarse contra el patrimonio económico, a asumir una posición jurídica más allá de ratificar la absolución.

Siendo escrupulosos de la competencia del Tribunal, debe predicarse que la sustentación del recurso de apelación, por contener unas premisas abiertas y con énfasis en un delito de Estafa, que no fue objeto de acusación y respetando de manera absoluta el *principio de congruencia* el cual de manera profunda impide que se toquen aspectos que ésta no cobija, mal puede el recurrente insinuar el estudio de este delito, máxime cuando todos sus argumentos ni siquiera son contestes o bifrontes con aquellos a los cuales acudió el Juez y lo desembocó en la absolución del acusado por los delitos de Falsedad Material en Documento Público y Fraude Procesal, esto sin contar de que están en diferentes títulos, capítulos y artículos, porque los primeros atentan contra la fe pública y la administración de justicia, amén que la estafa lesiona el bien jurídico del patrimonio económico privado.

Aún más tanto el pliego acusatorio y el sustento de la apelación de la sentencia absolutoria, por diferentes caminos acuden al principio aristotélico y que encarna un sofisma como lo es el de petición de principio que es ni más ni menos dar por probado un supuesto fáctico y teórico que le corresponde probar a aquel que da por cierto su vigencia. Es decir, que la

delegada Fiscal, da por probable la existencia de la falsedad, sin que como debía hacerlo y por el carácter objetivo de la falsedad material, no probó mediante la prueba técnica de rigor o incluso acudiendo a la libertad probatoria, bajo el entendimiento de que fue esta delegada oído del denunciante y expresión del mismo, ya que nos preguntamos donde está la falsedad material, si es en la declaración extrajuicio de Luis del Carmen Hurtado y Wilfrido Enrique Hernández, que determina el domicilio de Narcisa Navas González en el municipio de Soledad, o en otro documento que brilla por su ausencia o por lo menos no se hace alegoría cierta y contundente de uno en especial.

Si esto es así ¿Dónde está el Fraude Procesal? Comprendemos que azas no brota de las pruebas que militan en el expediente y mucho menos de los argumentos del impugnante que entre otras cosas pareciera que de manera tácita convalida la posición del juez, a pesar que lo ataca en su forma de morigerar y de asumir la decisión absolutoria que no comparte, sin embargo, se inclina, sin demostrar por la existencia de la Estafa e incluso toca tangencialmente el Concierto para Delinquir, de raigambre ilógico o extraño dentro del mundillo indescriptible gráficamente construido por unos socios comanditarios que cumplieron prima facie con los ritos normativos de una sociedad de esta naturaleza y que luego de desavenencias en veces propias del desarrollo del objeto social, no solucionaron sus diferencias dentro del campo civil, sino volcaron la discusión al estadio penal, que no toleró encasillar los comportamientos en los tipos penales objeto de acusación, mucho menos de aquellos reatos que a ultranza alude el recurrente.

Dadas las limitadas competencias que nos da el argumento de la apelación en contra del fallo absolutorio, vistos también que fueron declarados desiertos los recursos interpuestos contra las decisiones al interior de los incidentes, se confirmará el fallo absolutorio, no sin antes reconocer la valiosa contribución del no recurrente en cuanto que clarifica y dota a la Sala, de las herramientas conceptuales y materiales para definir el asunto con la claridad con que se abordó.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 204 y 232 de la ley 600 de 2000.

FECHA: Abril 3 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-04-005-2009-00749-01/**2013-00322**

PROCESADO: Fernando Losada Aduen

DECISIÓN: No decreta nulidad. Confirma sentencia absolutoria

ENTREVISTAS EN SPA- No es procedente introducir en audiencia de juicio oral las entrevistas como pruebas autónomas/**BUSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS-** Procedencia/Control previo corresponde al fiscal del caso/Su control posterior está a cargo del Juez Control de Garantías

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELICER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, el recurrente censura la providencia por la cual se negó la admisión de dos entrevistas y la declaración del testigo de acreditación en la búsqueda selectiva en las bases de datos sobre las entradas y salidas del país de la presunta víctima que reposan en la Oficina Migración Colombia.

Extractos: “Primero.- La estructura del proceso penal acusatorio comprende una etapa de investigación (que se extiende desde la *noticia criminis* hasta la presentación del escrito de acusación) y otra de juzgamiento (que parte de la audiencia de acusación y culmina con la

sentencia de rigor) y que encuentra su culmen durante el juicio oral. Empero, en esta última existe una fase de transición que inicia con el escrito de acusación que se cumple a instancia del Juez del Conocimiento. En dicha etapa (que se inicia con la instalación de la audiencia de acusación) el Fiscal realiza de forma oral la acusación (previo saneamiento del proceso de impedimentos, recusaciones, factores de incompetencia y de nulidades) y realiza el descubrimiento de la prueba.

Segundo.- Así pues, el descubrimiento propio del sistema penal acusatorio contenido en la ley 906 de 2004, procura un desarrollo correcto del debate del juicio oral, donde cada parte conozca de forma antelada los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente recogida, para evitar ser tomada por asalto en el juicio por la introducción sorpresiva de medios que no han permitido ejercer debidamente el contradictorio.

Tercero.- La Sala resalta, que el escrito de formulación de acusación y la audiencia preparatoria son los momentos oportunos para su realización, sin embargo, los artículos 344 y 346 del Código de Procedimiento Penal, autorizan al juez para permitir hacerlo excepcionalmente, más allá de estos entornos, incluso en el desarrollo de la misma audiencia del juicio.

En el caso *sub examine* la defensa solicitó la introducción de los siguientes elementos probatorios: (i) entrevistas de Alexander Nova de 3 mayo de 2013 y Sandra Milena Quintero del 7 mayo de 2013; (ii) el testigo de acreditación sobre la búsqueda selectiva en las bases de datos de la Oficina Migración Colombia, en relación a las entradas y salidas del país de la presunta víctima Guillermo Ruiz Álvarez en el período comprendido entre 1995 y 1999.

En este orden de ideas, la Colegiatura desatará cada una de las inconformidades en relación con los elementos de pruebas negados, de la siguiente manera:

(i) De las entrevistas

La Sala resalta que en los actos de investigación es en donde se encuadran las entrevistas que los potenciales testigos de un ilícito rinden antes del juicio oral y que no tienen la vocación de prueba por sí misma dentro del proceso penal. Tal asunto fue avalado por la Corte Suprema de Justicia en una determinación que sirvió de fundamento para edificar una línea jurisprudencial sólida sobre el peso probatorio de las entrevistas en el sistema acusatorio, en la que se precisó que:

“...De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que el “*juez deberá tener en cuenta como pruebas **únicamente** las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...*”²⁷.

²⁷CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación, Radicación 25738. MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Empero pueden ser usadas con dos fines específicos: refrescar memoria del testigo, de conformidad al artículo 392.d de la ley 906 de 2004 (a) o para impugnar su credibilidad (b). En el presente asunto, la defensa técnica solicitó se incorporara como prueba, las entrevistas de Alexander Nova de 3 mayo de 2013 y Sandra Milena Quintero del 7 mayo de 2013, aduciendo que en caso que los testigos no pudieran presentarse a rendir declaración en el juicio oral se tuvieran dichas entrevistas como prueba autónoma, sin embargo, observa la Sala que en efecto los señores mencionados fueron admitidos como testigos por parte de la Juez de Primera Instancia.

De igual manera, del paginario no se colige que dichos testigos se encuentren en circunstancias descritas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

“Art. 438. **Admisión excepcional de la prueba de referencia.** Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escrito de pasada memoria o archivos históricos”.

Así las cosas, como los testimonios de Alexander Nova y Sandra Milena Quintero fueron decretados para el juicio oral, las entrevistas rendidas antes de la vista pública, pueden ser usadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Siendo así lo anterior, esta Colegiatura observa que no le asiste razón a la defensa, al querer introducir en audiencia de juicio oral, las entrevistas como pruebas autónomas.

(ii) De la solicitud de prueba de la búsqueda selectiva en bases de datos de la víctima.

En el caso *sub examine* la defensa técnica acudió ante el Juez de Control de Garantías para un control previo sobre la búsqueda selectiva en bases de datos de la Oficina Migración Colombia en relación a las entradas y salidas al país de Guillermo Ruiz Álvarez, quien figura en el presente asunto como presunta víctima, sin embargo el *a quo* no decretó la declaración del testigo de acreditación de dicho elemento, por no haberse realizado el control posterior dentro de las 36 horas siguientes.

Al respecto, el artículo 244 de la Ley 906 de 2004 estipula lo siguiente:

“Art. 244. **Búsqueda selectiva en bases de datos.** Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicaran en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos... en estos casos, la revisión de la legalidad se realizara ante el juez de control de garantías, dentro de las 36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.”

Esta Colegiatura observa que si bien la información obtenida de la oficina de Migración Colombia respecto a las entradas y salidas de la presunta víctima constituyen una búsqueda selectiva en bases de datos por recaer sobre datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades pública o privadas debidamente autorizadas para ello²⁸, la norma solo reglamenta la autorización previa del Fiscal y el control de legalidad posterior por parte del Juez de Control de Garantías, a la búsqueda selectiva de bases de datos que se realice sobre informaciones del indiciado y no señala los eventos en que estos hayan realizados a la víctima.

En ese orden de ideas, en virtud que la norma no reglamenta tal situación, no se encuentran soportes para aducir que dicho elemento de prueba es ilegal como abiertamente lo sostuvo la Juez de Primera instancia.

Sin embargo, la Sala encuentra que el verdadero tropiezo que se encuentra para la admisibilidad de esa prueba, es decir, del testigo de acreditación de esa búsqueda de bases de datos, no es realmente el debate de su legalidad, sino por el contrario, si se trata de una prueba pertinente o no.

En relación a este punto de los audios se colige que la defensa técnica sustentó la pertinencia de esa prueba, de la siguiente manera:

“...Una prueba es pertinente y conducente, porque primero guarda una, debe referirse a un hecho directo y aquí con este hecho directo, demostrará la defensa que el señor para la época de los hechos no se encontraba en el país y no como lo pretende hacer ver que desde el año 2009, el hecho de haber presentado una restitución de inmueble y que tuvo vocación de prosperidad, tampoco podía el señor Edgardo Cano Acuña presentar un proceso de pertenencia, pero sin embargo desafortunadamente y ajeno a los intereses el señor, la justicia no le concedió la razón al señor Edgardo cano acuña, como tampoco se pudo vislumbrar que exista un fraude procesal, una artimaña o inducir en error a un funcionario para proferir un acto administrativo contrario a la ley, y si es un elemento que guarda relación directa con los hechos de la presunta comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, porque servirá para hacer más probable estos hechos o circunstancias mencionados o referirse a la credibilidad y a los argumentos esbozados en la denuncia por parte del señor Guillermo Ruiz Álvarez...”²⁹.

De lo anterior se colige, que para la actividad probatoria ningún efecto produce que en su tarea investigativa la defensa haya solicitado una búsqueda selectiva en bases de datos en la Oficina de Migración Colombia referentes a las entradas y salidas del país de la presunta víctima, habida cuenta que la pertinencia, entendida como el medio para demostrar lo referente al delito, a la responsabilidad del procesado y a las circunstancias accesorias vinculadas a ello, no se cumple en este medio de prueba, habida cuenta que la conducta acusada es la de fraude procesal, punible que se ha podido consumir encontrándose la víctima dentro o fuera del país, es decir, dicho elemento de prueba no es pertinente para que la defensa acredite aún más la presunción de inocencia del procesado.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-336 de 2007.

²⁹ Audiencia preparatoria.

En relación a la pertinencia de la prueba, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que:

“...La procedencia de la prueba se encuentra vinculada a las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad.

La conducencia “*supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado*”.

La pertinencia “apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”.

La racionalidad del medio probatorio “*tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización*”.

Y la utilidad de la prueba “*se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente*”³⁰. (Subraya fuera de texto).

En este contexto, se tiene que la pertinencia implica que además que la prueba tenga gran implicación con demostrar la responsabilidad penal o su ausencia, también se predica de la relación trascendental entre el elemento de probatorio y un tópico relevante y de interés al trámite.

No obstante, se itera que la información de las salidas y entradas al país en determinado tiempo por parte de la víctima, cuando como en este caso se ha acusado la conducta punible de fraude procesal, no guarda relación alguna con el tema debatido en el proceso penal, máxime si ya la Juez de Primera instancia decretó las pruebas documentales de las copias del proceso civil de pertenencia, del cual la Fiscalía acusó al endilgado donde presuntamente se cometió dicha conducta punible.

En ese orden de ideas, la Colegiatura confirmará, aunque por diferentes razones, la decisión recurrida, en virtud que: (i) las entrevistas deben ser utilizadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad al testigo; (ii) la búsqueda selectiva en la bases de datos de las entidades autorizadas para ello, no requieren control de legalidad posterior si se trata de información confidencial de persona diferente al indiciado o procesado; (iii) en el presente caso, la búsqueda en las bases de datos de la Oficina Migración Colombia, en referencia a la información sobre la entrada y salida del país de la víctima, es impertinente, habida cuenta que no está dirigida a acreditar una asunto de responsabilidad penal, su ausencia o un aspecto trascendental en el trámite.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 344 y 346 Ley 906 de 2004, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación 25738. MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007.

FECHA: Marzo 6 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00031-P-MC

PROCESADO: Edgardo Cano Acuña

DECISIÓN: Confirma auto apelado

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 19 de abril de 2010, Rad. 33212, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

HACINAMIENTO CARCELARIO-Vulneración de derechos fundamentales/ATENCIÓN EN SALUD A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD- La falta de adecuación del área de atención en salud del centro carcelario resulta grave y vulneratorio de los derechos fundamentales de la población interna

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JULIO OJITO PALMA, Sala Penal

Causa fáctica: El día 27 de enero del presente año, en la Cárcel La Modelo de Barranquilla se produjo una revuelta en uno de los pabellones de ese centro, lo que terminó en un incendio que acabó dejando 16 muertes y varios heridos haciendo las condiciones indignas a las que están sometidas la población penitenciaria, es por ello, que la Defensoría Regional del Pueblo acude a la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de éstos.

Extractos: “Como resultado del informe de seguimiento a la emergencia carcelaria relacionada con el hacinamiento en los centros carcelarios y penitenciarios a cargo de INPEC, la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico estableció las condiciones generadoras de vulneración de manera flagrante los derechos fundamentales de la población carcelaria del Atlántico.

Señala inicialmente el gravísimo problema de hacinamiento en el que se encuentran los centros de reclusión en porcentaje equivalente al 230% incrementado con relación al 200% existente en mayo de 2013.

Establece que se presentan vulneraciones debido a las dificultades en la prestación de servicios de salud generados por la demora en la asignación de citas, entrega de medicamentos y prácticas de exámenes médicos, no disponibilidad de vehículos para el traslado de internos a centros asistenciales.

Finalmente determina que se presenta violación de derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana y la integridad física de los privados en libertad ocasionados por los operativos de requisas por parte del INPEC donde los internos fueron golpeados, desnudados y atropellados de manera degradante en la Cárcel “La Modelo” de Barranquilla

3.7 De las pretensiones del accionante y la decisión de la Colegiatura:

3.7.1. En relación con el Ministerio de Justicia y el Derecho, la Gobernación y la Alcaldía Distrital:

3.7.1.1 Ministerio de Justicia:

Refiere el accionante que existe vulneración a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, salud, dignidad y el derecho a la resocialización por parte del Ministerio de Justicia.

Al respecto debe indicar esta Sala que conforme a lo establecido en el artículo 8° de la ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 16 de la ley 65 de 1993, los establecimientos carcelarios nacionales mencionados por el actor, Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo”, el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE y

Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque” son en estricto orden administrados por el INPEC. Igualmente, esta entidad, creada mediante el artículo 2° del Decreto 2160 de 1992 es definido como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía.

Su relación con el Ministerio de Justicia no es de jerarquía funcional, ni subordinación o dependencia por lo que se desvirtúa que la violación de derechos y la integridad física de los privados en la libertad se haya producido por la acción u omisión de ese Ministerio.

En relación a las presuntas vulneraciones por razón de la prestación de servicios de salud se hace necesario aclarar que según las normas constitucionales y legales llamadas a regular el tema no corresponde al accionado tal prestación, ya que este servicio ha sido asignado por la ley a la EPS-S CAPRECOM por medio del Decreto 2496 de 2012.

De igual modo, las vulneraciones producidas por el hacinamiento y la falta de estructuras en los centros carcelarios no son en efecto generadas por el Ministerio ya que por mandato legal de conformidad al Decreto 4150 de 2011 ha sido designado a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –SPC- todo lo relacionado con la construcción, ampliación, adecuación y refacción de las infraestructuras de los centros de reclusión incluyendo sus unidades de atención de salud.

Por lo expuesto, esta Sala no observa vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca por el actor y en cuanto a la actuación del Ministerio de Justicia, razón por la cual se denegará la tutela en relación con dicha autoridad pública.

3.7.2.1 Gobernación del Atlántico:

El accionante establece en su solicitud que sea tutelada la Gobernación del Atlántico para que realice acciones y estudios pertinentes dirigidos a la adecuación de la infraestructura carcelaria del Atlántico y celebre un convenio de integración con otras entidades.

Pues bien, estima esta corporación que es necesario indicar que el artículo 17 de la ley 65 de 1993 establece:

“...Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

(...) En los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios...”

Según la norma precitada, la Gobernación del Atlántico tendría responsabilidad sobre las cárceles del orden departamental, empero, los establecimientos carcelarios a los que se refiere el accionante, Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque”, El Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” y el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE-, son según el artículo 8° de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 16 de la ley 65 de 1993 establecimientos del orden nacional y están a

cargo del INPEC, por lo que mal podría tutelarse a la Gobernación del Atlántico por sus actuaciones u omisiones en relación con los establecimientos que no están bajo la órbita o esfera de su responsabilidad.

En relación con la presunta vulneración por las fallas en los servicios de salud por parte de la Gobernación del Atlántico a las personas privadas de la libertad internas en los Establecimientos Penitenciarios de Barranquilla “El Bosque”, el Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” y el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga – ERE, es menester indicar que no está contemplado dentro del ordenamiento legal la responsabilidad de los Departamentos en cuanto a la atención de los servicios de salud de los internos de los establecimientos carcelarios ya que esta prestación fue designada a CAPRECOM por mandato del decreto 2496 de 2012, al igual que fue asignada la competencia a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -SPC- de la creación, adecuación, reparación entre otros de los diferentes establecimientos carcelarios del Orden Nacional, lo que hace manifiesta la no violación de los Derechos fundamentales descritos por parte de la Gobernación Departamental.

3.7.1.3 Alcaldía de Barranquilla

Igualmente solicita el accionante que sea tutelada la Alcaldía de Barranquilla para que se mejoren y se adecúen los establecimientos carcelarios del Departamento y que se celebren convenios interadministrativos.

Para tal fin es necesario conocer que a través de la Secretaría de Gobierno tiene la administración de la Cárcel Distrital para Varones “El Bosque” y el centro de Rehabilitación Femenino “El Buen Pastor”, las cuales no se encuentran relacionadas como parte de la población carcelaria del Atlántico abarcada en la solicitud de amparo presentada por parte del Defensor Regional del Pueblo.

Sin embargo, es necesario señalar que como lo manifiesta el apoderado del Distrito de Barranquilla, los establecimientos carcelarios a los que se refiere el actor en su escrito de tutela, por mandato de la ley 1709 de 2014 se encuentran administrados y coordinados por el INPEC. Estos son el Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo”, el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE y Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque”, este último distinto de la Cárcel Distrital para Varones “El Bosque”, el cual como fue indicado, se encuentra bajo la dirección y administración del Distrito de Barranquilla por lo que mal haría esta Sala en tutelar a una entidad que no tiene responsabilidad alguna en la vulneración de derechos fundamentales por acción u omisión referidas a las personas mencionadas por el actor.

Resulta importante indicar también que no corresponde al Distrito de Barranquilla la vulneración de derechos por hacinamiento y fallas en las estructuras de los establecimientos carcelarios y penitenciarios del Departamento del Atlántico pues como lo ha venido indicando esta Sala, la obligación de ejercer las medidas pertinentes a la reparación, adecuación y habilitación de los centros penitenciarios y carcelarios en cabeza del INPEC corresponde a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –SPC- según lo determinado por el Decreto 4150 de 2011.

Igualmente en relación a la vulneración por las fallas en servicios de salud se debe indicar que tratándose de establecimientos carcelarios a cargo del INPEC, esta prestación

corresponde a CAPRECOM en virtud del Decreto 2496 de 2012 y el contrato 006 de 2011 celebrado entre esa entidad y el INPEC tendiente a la prestación integral de los servicios de salud de la población de los establecimientos carcelarios de orden nacional.

Razones estas que conllevan a no tutelar a la Alcaldía de Barranquilla en relación con las pretensiones del actor.

3.7.2. En relación con el INPEC, la -SPC- y CAPRECOM:

3.7.2.1 En relación al INPEC

Solicita el Defensor Regional del Pueblo, en calidad de accionante que se ordene al INPEC y a las otras accionadas que se realicen acciones dirigidas al mejoramiento de la infraestructura carcelaria del Departamento y la oportuna atención en salud de los reclusos.

Pues bien, al respecto ha establecido la ley que el Instituto Penitenciario y carcelario – INPEC- creado por el artículo 2° del Decreto 2160 de 1992 como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía que según el artículo 8° de la ley 1709 de 2014 que modifica el artículo 16 de la ley 65 de 1993, tiene a su cargo los establecimientos de reclusión del orden nacional tales como Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque”, El Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” y el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE, mismos donde se encuentran los internos de la población carcelaria del Departamento del Atlántico.

Pero, como el artículo 4° de la ley 1709 de 2014 establece que: *“en todos los centros de reclusión prevalecerá el respeto por la dignidad humana y las garantías constitucionales y los derechos humanos reconocidos universalmente. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”*, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales por parte del INPEC a la población carcelaria del Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla, en primera medida, puesto que como es conocido, el día 27 de Enero de 2014, producto de un incendio resultaron fallecidos 17 internos y 38 más heridos, lo que desconoce el artículo 2° de la Constitución Nacional que establece que: *“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

En atención de ello, resulta clara la vulneración del derecho a la vida de los internos, en virtud de la omisión por parte del INPEC, lo que se traduce en la no preservación de las vidas de los allí reclusos.

Resulta violatorio además, de los derechos fundamentales de los internos de los centros de reclusión a cargo del INPEC en el Departamento, el hacinamiento extremo que se presenta al punto en que llega casi al doble desde el mes de mayo de 2013 la población carcelaria allí recluida, sobre todo sin cumplir con la distinción entre los condenados y los que se encuentran en medida de detención preventiva, desconociendo ello las normas al respecto y siendo esto como se ha dicho, vulneratorio de los derechos que reclama el accionante.

Igualmente es responsable de la vulneración de los Derechos Fundamentales por omisión al no ejercer un control y vigilancia exhaustiva y drástica sobre la EPS-S CAPRECOM con la cual tiene contratado desde el mes de febrero de 2011 la prestación de los servicios de salud, que a la fecha no ha suministrado de manera eficiente y pronta, sobre todo tratándose de personas en condición de hacinamiento quienes se encuentran en grave riesgo de contraer patologías que no recibirían atención oportuna.

El INPEC en su respuesta indica que se encuentra en situación de FUERZA MAYOR en razón del hacinamiento.

Al respecto la Sala aprecia que no es cierta tal afirmación toda vez que esa circunstancia se genera de manera exclusiva por fenómenos relacionados con la causalidad natural, por ejemplo terremotos o maremotos.

Igualmente, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, la obligación de solucionar el hacinamiento carcelario no se encuentra únicamente en cabeza del INPEC sino del sistema carcelario en general, razón por la cual la obligación de esa entidad es la de coordinar las acciones tendientes a solucionar tal circunstancia de hacinamiento.

Así ha quedado establecido en la sentencia T- 815 de 2013 con ponencia del Honorable Magistrado Alberto Rojas Ríos, en la cual se afirma:

“.. En consecuencia, le corresponderá a las entidades estatales correspondientes, entiéndase Gobierno Nacional- Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda, Departamento de Planeación Nacional, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC- e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, evitar la prolongada y continua vulneración de derechos fundamentales de los reclusos sin excusarse en la carencia de recursos, ya que el Estado termina siendo el principal responsable de proporcionar las condiciones básicas para la vida digna de una persona reclusa a su cargo en un establecimiento carcelario, máxime cuando i) la dignidad humana como derecho se conserva intocable y sin limitaciones de ningún orden o circunstancia y ii) las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad están limitadas a un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad....”

Son estas las razones por la cual esta Sala concederá la tutela y ordenará al INPEC a que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice los trámites correspondientes para que, en un plazo máximo de 15 días, inicie las gestiones pertinentes en aras de desarrollar un plan integral de acciones administrativas y presupuestales encaminadas al traslado y reubicación de los internos del Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque”, Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” y Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE- con el propósito de disminuir el hacinamiento.

3.7.2.2 En relación con CAPRECOM

A través del Decreto 2777 del 3 de Agosto 2010 el Ministerio de la Protección Social estableció la prestación de servicios de salud de la población carcelaria de los establecimientos bajo dirección del INPEC en cabeza de una entidad promotora de salud del régimen subsidiado del orden nacional de naturaleza pública, es decir, CAPRECOM.

A través del contrato 006 de febrero de 2011 se celebró contrato entre el INPEC y CAPRECOM con el objeto de la administración de los recursos y el aseguramiento de la población carcelaria por lo que también el INPEC estableció un Manual técnico para la prestación de Servicios de Salud entre ambas entidades.

Desde la fecha de celebración del contrato y hasta hoy, la prestación del servicio de salud de los establecimientos carcelarios del INPEC en el Departamento, presentan serias falencias que ponen en situación de riesgos a la población carcelaria producto de la falta de gestión en el manejo de la salud de los internos lo que vulnera los derechos fundamentales que expone el accionante, razón de ello esta Sala tutelaré a esta entidad para que dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, inicie las gestiones administrativas y financieras correspondientes para que en un plazo 7 días máximo, designe personal médico, odontológico y paramédico suficiente de manera permanente que se encargue de velar por la salud física y mental de los internos y el suministro de medicamentos conforme a los padecimientos de salud de los mismos en los Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque”, Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” y Establecimiento Carcelario de Sabanalarga – ERE.

Igualmente se tutelarán los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, salud, dignidad y el derecho a la resocialización deprecados por el actor a favor de la población carcelaria de conformidad con lo establecido en artículo 20 del decreto 2591 de 1991 que establece la presunción de veracidad de los hechos planteados por no haber rendido el informe requerido por esta Sala dentro del plazo concedido.

3.7.2.3 En la relación a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –SPC-

De acuerdo a lo establecido en el decreto 4150 del 3 de Noviembre 2011 por medio del cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –SPC-, esta entidad tiene como objeto gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de los servicios, la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

Con base en la respuesta aportada por esta entidad a la presente acción, esta Sala observa que en principio se encuentra cumpliendo las funciones contenidas en la norma que la creó, específicamente el Numeral 5° del artículo 5° ibídem, entre las que se destaca el desarrollo e implementación de planes, programas y proyectos en materia logística y administrativa para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios para el INPEC para diferentes obras de infraestructura en diferentes frentes a desarrollarse, como es el caso de la inversión de \$400.000.000 para el Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque” entre el que se destaca el mantenimiento del área de sanidad y actualización conforme a las exigencias de la Secretaría de Salud.

Sin embargo de lo anterior, debe indicarse que con apoyo en el texto de esa misma respuesta a la Sala, si bien al Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” le está siendo apropiada la suma de \$1.000.000.000 para obras de infraestructura entre ellas hidráulicas y eléctricas, no se hace referencia a la adecuación del área de atención en salud de este centro, lo que resulta grave y vulneratorio de los derechos fundamentales de la población interna en ese centro carcelario, máxime que, como se

sabe, en el pasado mes de Enero, fallecieron un total de 17 personas debido a la gravedad de quemaduras sufridas en un incendio y se presentó un considerable número de heridos que debieron ser atendidos en centros asistenciales de la ciudad puesto que la unidad de atención en salud con que cuenta el penal no se encuentra en las mejores condiciones de infraestructura.

Aunque si bien la prestación del servicio de Salud recae sobre CAPRECOM EPS-S de acuerdo al decreto 2496 de 2012, el mantenimiento y adecuación de la infraestructura carcelaria, incluyendo todas las áreas, como es el caso de la unidad de atención en salud, recae sobre la Unidad de Servicios penitenciarios y Carcelarios de acuerdo a lo establecido en el numeral 2° del artículo 5° del decreto 4150 de 2011.

En razón de lo anterior, esta Colegiatura encuentra que la omisión genera vulneración de los derechos a la vida, a la integridad personal, salud, dignidad y a la resocialización puesto que no existe el espacio idóneo para la atención básica de salud en el Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo”.

Del mismo modo, frente al Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE, respecto del cual la accionada solo se limita a indicar que adelanta gestiones tendientes a apropiarse recursos para ello, debido a que no fue incluido en el plan de inversiones de este año, la Sala debe manifestar que la entidad accionada debió haber previsto la apropiación de los recursos para el año 2014 destinados a erradicar el grave problema de hacinamiento que consecuentemente acarrea problemas de salud y vulneración a la dignidad de la población reclusa allí.

En razón de lo anterior la tutelaré a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – SPC- para que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice los trámites correspondientes para que un plazo máximo de 15 días, inicie las gestiones correspondientes a desarrollar un plan de acción integral dirigido al mejoramiento y adecuación del Área de Atención en Salud del Establecimiento Carcelario Justicia y Paz de Barranquilla “La Modelo” e inicie también las pertinentes para apropiarse recursos destinados a obras de mejoramiento, adecuación y remodelación de la infraestructura carcelaria y de salud del Establecimiento Carcelario de Sabanalarga –ERE.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: T-153 de 1998, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1957, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17 de la ley 65 de 1993 y artículo 4° de la ley 1709 de 2014.

FECHA: Marzo 25 de 2014

ACCIONANTE: Defensor Regional del Pueblo en el Departamento del Atlántico

ACCIONADO: Ministerio de Justicia y el Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, la Gobernación del Departamento del Atlántico, la Alcaldía Distrital de Barranquilla, y CAPRECOM

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2014-00043-00/**2014-00043-00**

DECISIÓN: Concede tutela. Ordena al INPEC realizar las gestiones necesarias.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA