

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Mayo 2014

Número 24

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONSTRUCTOR-Es de resultado/Se predica de un ejercicio profesional prudente y diligente/Concepto de la *Lex Artis Ad hoc*/**GARANTÍA DECENAL**-Es la exigible cuando el edificio perece o amenaza ruina dentro de los 10 años subsiguientes a su entrega por vicios en su construcción o en los materiales utilizados/**COMPENSACIÓN DE DEUDAS**- Para ejercerla el contratante debía efectuar las objeciones a la factura, en forma escrita, y en caso de que el contratista no se allanara a subsanar las deficiencias que se le hicieran oportunamente

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se declare el incumplimiento contractual de la parte demandada por la falta de pago de una factura emitida en el acta final de la obra contratada, reclama entonces, el pago de la obligación más los intereses moratorios a partir del momento en que ésta se hizo exigible.

Extractos: “La Responsabilidad del constructor es de resultado; y en el campo Civil Contractual o Extracontractual se ubica dentro del marco de la responsabilidad profesional, pues en esta actividad confluye el trabajo de varios profesionales de distintas áreas, tales como arquitectos, ingenieros, electricistas, maestros de obra, etc., lo que implica que para determinar si se observaron los compromisos adquiridos por el constructor no se utiliza como marco de comparación el comportamiento del buen ciudadano promedio o del buen padre de familia, sino el del profesional prudente y diligente que nos acerca al concepto de la *lex artis ad hoc*, que aplicaría para cada clase de profesional que participa en el desarrollo de una obra.

De otra parte, en materia contractual, en el ordenamiento jurídico colombiano prima el principio contenido en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, lo que impone, a tenor de lo dispuesto en el art. 1603 ibidem, que “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”.

En este sentido, además de la norma general de responsabilidad contractual prevista en el Art. 2056 del Código Civil, según la cual *“Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución...”*, los contratos para la construcción de una obra están regulados por las disposiciones contenidas en el artículo 2060 de la citada codificación, según cuyo numeral 3º *“si el edificio perezca o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo que el constructor o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario”*, extendiéndose esta responsabilidad también a los arquitectos o ingenieros que se encargan o han intervenido en la ejecución de la obra.

Respecto de esta disposición legal, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para la procedencia de esta garantía legal, denominada decenal, es necesario que el edificio perezca o amenace ruina, para significar que los vicios que dan lugar a esta acción deben ser de tal gravedad que inutilicen parcial o totalmente la edificación.¹, y al respecto explicó ***“En efecto, para que tenga lugar la reclamación se requiere, ante todo, como presupuesto para indagar la causa generadora del daño, que dentro del término de vigencia de la garantía decenal se haya producido el desplome del edificio o presentado la amenaza de ruina total o parcial. De acuerdo con el precepto en comento, la garantía decenal se activa únicamente cuando el “edificio perezca o amenaza ruina”***.²; de cuyo razonamiento jurisprudencial se concluye que para poder hacer efectiva la garantía denominada por la doctrina y la Jurisprudencia como decenal, se exige como requisito *sine quanon*, **que el edificio, amenace ruina o perezca**, por cualquiera de tres situaciones a saber: a) por vicios de la construcción, b) por vicios del suelo, c) por vicios de los materiales, siendo que por ruina debe entenderse el desprendimiento o destrucción total o parcial de los materiales que estructuran el edificio.³

No obstante lo anterior, tenemos que en materia de derechos del consumidor, la protección de los derechos del comprador frente a los fabricantes, suministradores y proveedores de productos y servicios no puede limitarse a la garantía decenal mencionada, teniendo en cuenta que mientras el concepto de ruina apunta a aquellos defectos de la construcción que se proyectan sobre la solidez y duración de la obra; existen vicios de la construcción que aunque no alcanzan a amenazar o producir ruina, constituyen defectos de la obra que se presentan por acción u omisión del constructor, que exigen ser reparados por éste de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual, para que el inmueble sirva al propósito para el que fue edificado o adquirido; de manera que pueda ser ocupado y utilizado en la forma y para los fines previstos por su adquirente.

Sobre este particular, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, cuarta reimpresión Febrero de 2009, pàg. 1368 discierne de la siguiente manera haciendo un parangón con lo normado en este tema por el derecho francés: *“Los artículos 2060 y 2351 del Código Civil solo hablan de los daños causados por la ruina de una edificación. Queda por resolver el problema de los daños que no provienen de una ruina o la amenaza de ella...Antes de las modificaciones realizadas por el legislador*

¹ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, *Magistrado Ponente*, JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, sentencia de junio 5 de 2009, Referencia: Expediente C-0800131030061993-08770-01. ver también Corte Constitucional, sentencia 1141 de 2000.

² Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, *Magistrado Ponente*, JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, sentencia de junio 5 de 2009, Referencia: Expediente C-0800131030061993-08770-01. ver también Corte Constitucional, sentencia 1141 de 2000.

³ Citado por TAMAYO JARAMILLO JAVIER, Tratado de Responsabilidad Civil, Pág., 1349. en: Cas. Civ. 1 Octubre de 1963, GJ, TCIII pp. 172, y ss.

francés y ante el mismo problema planteado, la jurisprudencia y la doctrina de aquel país habían resuelto que “en aras de la simplificación, era sin duda preferible considerar que los artículos 1792 y 2270 se aplicaran conjuntamente a todos los trabajos inmobiliarios y a todos los órdenes sin amarrarse a los términos de “edificio” y “pérdida” del artículo 1792. Las pérdidas y defectos de todas las obras serían sometidas a las mismas reglas...No vemos porque en el derecho colombiano no pueda hacerse extensiva la garantía a daños diferentes a los de la ruina. La voluntad del legislador al consagrar la garantía decenal es la de obligar a los constructores a edificar en forma adecuada...”; y remata en una conclusión que avala esta Sala de Decisión, al señalar que “...creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio “perece o amenaza ruina”. Esto quiere decir que cualquier defecto de la construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma...En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, independientemente de que haya ruina”.

a) Análisis del Caso en Concreto

Analizado el material probatorio obrante en el expediente, se concluye:

- a) Tal como aparece aceptado por las partes con las afirmaciones vertidas en la demanda y su contestación, éstas celebraron un contrato de construcción de obra civil, que se concretó cuando la sociedad SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A., aceptó la oferta mercantil que le fue presentada por la firma AMASTHA MENESES ASOCIADOS S. en C., para la realización de obras civiles por el sistema de precios unitarios, -construcción y reforma de un local- en la Supertienda Olímpica 302 (SAO 302) ubicada en la ciudad de Montería; obras cuyo monto estipularon en la suma de \$3.323.742.441,00 (fls.19-30), para ser ejecutadas entre el 4 de Julio al 30 de Noviembre de 2006 (fl.27); sin embargo, de acuerdo con el acta y factura final, se terminaron en Marzo de 2007 (fls. 79-87).
- b) Que tal como fue convenido en la cláusula octava, las partes realizaron cortes parciales de obra y de cuentas, recibiendo por la demandada satisfactoriamente cada parte de obra contenida en las actas parciales, procediendo a su pago respectivo, como se aprecia a folios 31 a 78 del cuaderno principal.
- c) Que tal como lo aceptan los litigantes, fue entregada por la demandante a la demandada, en Marzo 25 de 2007, la factura No. 081 de Febrero 15 de 2007, por valor de \$78.612.045,00 y el acta final de obra (fls.79 a 87), respecto de la cual esta última canceló la suma de \$28.493.257,00 (fl.130); quedando un saldo insoluto a cargo de SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A., por la suma de \$50.118.788,00 que ésta se ha negado a pagar a la demandante, con el argumento de haberlo descontado para cancelar a terceros contratistas la reparación de deficiencias que presentó la obra después de haber sido recibida.
- d) Que en la sede de SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A., de la ciudad de Montería, se realizaron en Mayo y Junio de 2007 unas obras civiles de reparación a la edificación, por orden de dicha sociedad, que ascendieron a la suma de \$48.546.548,04 realizadas por ERWIN ROBERTO DUNCAN E.U., DOMINGO GUERRERO LLERENA y HERNANDO ROJAS HUERTA (fls.131-139).

Pues bien, aduce la demandada OLIMPICA S.A., que tales trabajos a que se refiere el punto anterior, se realizaron después de haberse recibido la obra civil a la empresa demandada, por haberse presentado una emergencia por causa de aguas lluvias que cayeron dentro de la edificación por presentar ésta defectuosa impermeabilización y por represamiento ante el mal funcionamiento de las pocetas sanitarias y tuberías de desagüe, ambas colocadas por la demandante; y al efecto aporta los documentos vistos a folios 143 a 150, todos los cuales contienen correos electrónicos cruzados entre la GERENTE de SAO 302 y otros empleados de SUPERTIENDAS OLÍMPICA, entre el 29 de Marzo al 22 de Agosto de 2007, donde la primera recuerda a los segundos que están pendientes unos trabajos de remodelación (fl.143-144), que se presentó filtración grave de aguas por lluvias (fls.145-146/148-149-150) y problemas por rebosamiento de los sifones en la sección de carnes y de las baterías sanitarios en los baños de hombres (fls. 147); y a folio 5 del segundo cuaderno principal, certificado firmado por su Contadora General y su Director Nacional de Control de Pérdidas e Inventarios, según el cual los daños mencionados causaron pérdida de mercancías de la demandada, por valor de \$54.859.773,00.

Del análisis de tales medios probatorios documentales arrimados al proceso en las oportunidades legalmente previstas, se advierte que en efecto después de entregada la obra civil por AMASTHA MENESES ASOCIADOS S. EN C., a SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A., se presentaron deficiencias en el funcionamiento de la obra civil realizada por la primera a favor de la segunda; y de acuerdo con lo pactado por los litigantes en la cláusula décima séptima y a la reglamentación legal, debían ser subsanadas por el oferente-contratista. No obstante, los contratantes en esta cláusula, donde pactaron la sanción penal por el mero incumplimiento en la suma de \$3.323.400,00 sin perjuicio de poder exigirse por la contratante el cumplimiento cabal de la obligación o la indemnización a que hubiere lugar, también convinieron que en caso de incumplimiento por parte del oferente, éste debía subsanar las deficiencias en la obra civil “...en un tiempo prudencial...”, y si no lo hiciera en ese tiempo, autorizó a la contratante a compensar de lo que le debiere el valor de la cláusula penal y de las indemnizaciones.

Como quiera que conforme a lo dispuesto por el artículo 1622 del Código Civil, “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...*”, menester es considerar que cuando las partes pactaron que ante algún incumplimiento del constructor en las obligaciones a que se hizo cargo, entre las que se cuenta los desperfectos que pueda presentar la obra contratada, contaba con la oportunidad de repararla en un “*tiempo prudencial*”, imponía a la contratante, una vez recibida la obra, informar al contratista de los problemas que advirtiera y convenir con éste un plazo para que los reparara, luego de lo cual, si éste no se allanaba al cumplimiento, entonces sí hacer uso de la facultad contractual pactada, de compensar las sumas de dinero que hubiere invertido en las reparaciones, de aquello que aún le debiere.

En este caso, aparece que en verdad se presentaron las deficiencias en la construcción por la filtración de aguas lluvias y rebosamiento sanitario, en el local remodelado, como se advierte de los aludidos correos electrónicos y de los contratos de obra con terceras personas cuya ejecución no ha sido cuestionada, que se confirman con la declaración jurada vertida por el señor IVAN ALFONSO BARRIOS INSIGNARES, empleado de la demandada quien fungió en calidad de interventor de la obra (fls.65-68), la señora LUZ ELENA AGAMEZ SÁNCHEZ (fls.70-71 2º cdno.ppal), y los contratistas llamados a efectuar las reparaciones (fls.73-80); que conforme a lo pactado en la cláusula quinta del contrato, debían ser reparadas por el contratista y ahora demandante, asumiendo el costo de las

mismas, por encontrarse dentro del período de garantía convenido, que fue de un (1) año, como reza la cláusula décimo primera.

No obstante, para que el contratista quedara obligado a efectuar las reparaciones que la obra exigiera para su buen uso, debía ser informado de las mismas, lo que en este caso no aparece que hubiere ocurrido, pues aunque la parte demandada allegó prueba documental de correos electrónicos cruzados entre empleados suyos, no allegó prueba demostrativa de haber informado al constructor acerca de las deficiencias que presentó la construcción después de recibida, y menos aún que hubieren acordado con éste un plazo prudencial para que las y que éste hubiera incumplido, lo que tampoco quedó consignado en el acta final de entrega, como lo acordaron en la cláusula vigésima segunda, literal c); pues afirma la sociedad demandada que tal aviso estuvo a cargo del señor IVAN ALFONSO BARRIOS INSIGNARES, empleado suyo que fungió en calidad de interventor de la obra; sin embargo, éste en su declaración jurada vista a folios 65 a 68 del segundo cuaderno principal, acepta que no efectuó tal notificación de deficiencias de obra al constructor de manera formal, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décimo novena; y aunque manifiesta haberlo hecho verbalmente, no aparece ninguna prueba demostrativa de ello, y esta afirmación no es aceptada por la parte demandante, de manera que no cuenta con el grado de certeza que permita admitir su veracidad; por lo que se impone considerar que no tuvo el constructor conocimiento de que la remodelación de la edificación de propiedad de la demandada que le fue encomendada, hubiere presentado algún defecto, como fue pactado en las cláusulas antes mencionadas, para que ejerciera su derecho a tener la primera opción de repararlas, y de contera, habilitar a la demandada a compensar las sumas de dinero que tuviere que invertir en las reparaciones; de manera que no se concretaron las etapas que permitirían derivar el incumplimiento contractual.

En punto entonces de la compensación de deudas acordada en la cláusula décima octava, a favor de la sociedad contratante ahora demandada, una vez presentada la factura de cobro por el oferente-contratista a la contratante, ésta para poder ejercer la facultad compensatoria, debía efectuar las objeciones a la misma, en forma escrita, y en concordancia con la cláusula décima séptima, solo en caso de que el contratista no se allanara a subsanar las deficiencias u objeciones que se le hicieren, en el “*tiempo prudencial*”, que acordaran, era cuando la sociedad demandada quedaba habilitada para efectuar la compensación de deuda, antes no.

Se impone concluir entonces, que Olímpica S.A. tenía la obligación de pagar al contratista Amastha Meneses Asociados S. en C., las sumas de dinero que estaban pendientes de saldar, con respecto al contrato de obra civil celebrado entre las partes; y al no allanarse a ello, se advierte un palmario incumplimiento en su obligación contractual de pago de las obras ejecutadas, que conlleva a la confirmación de la providencia recurrida en apelación, pues por las mismas razones la demanda de reconvención no cuenta con vocación de éxito.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 1494, 1602, 1603, 1604, 1622, 2056, 2060 C.C.

DEMANDANTE: Amastha Meneses Asociados S. En C.

DEMANDADO: Supertiendas Y Droguerías Olímpica S.A.

FECHA: Abril 10 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-008-2010-00307-01/ **37.382**

DECISIÓN: Confirma la sentencia apelada.

COSA JUZGADA ABSOLUTORIA PENAL-Su incidencia en el proceso de responsabilidad civil/Observancia por parte de los jueces/**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**-Si de los medios de prueba allegados en la instrucción criminal a diferencia de lo sostenido en el proveído de absolución, no se ofrece certeza sobre la conducta, le es dado al operador judicial la no aplicación de la norma que sujeta el juez civil a lo resuelto dentro de la acción criminal/**RESOLUCIÓN DE PRECLUSIÓN**-No valorada como prueba eximente dentro del proceso indemnizatorio civil

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa Fáctica: En el presente caso, el Tribunal discute si una persona que viene absuelta por la justicia penal, puede ser condenada civilmente por los daños y perjuicios irrogados con la conducta dañosa.

Extractos: “Obra como parte de la comunidad de pruebas oportuna y debidamente allegadas al proceso, la instrucción penal llevada a cabo por la Fiscalía Tercera Seccional Delegada, del Municipio de Soledad- Atlántico⁴, actuación de la cual, con fecha de Enero 27 del 2009⁵, dicha unidad de la Fiscalía resolvió la preclusión de la investigación a favor del señor Arnulfo Marín Gamero (conductor del vehículo siniestrado), por considerar que el fatídico insuceso se originó por imprudencia de la víctima.

Lo anterior tiene cardinal incidencia en el juicio civil de carácter indemnizatorio, toda vez que ha sido criterio reiterado en la jurisprudencia nacional la observancia de los jueces civiles de la cosa penal absolutoria:

“Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. Nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil:”⁶

No obstante, lo anterior no se constituye en una regla absoluta e inquebrantable y por consiguiente, en una camisa de fuerza que en forma mecánica ate al juzgador civil, haciéndolo un reproductor autómatas de lo ya resuelto en la causa criminal, como quiera que en determinados casos, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha decantado el criterio según el cual, si el informe del accidente, así como los diferentes medios de prueba tenidos en cuenta en la respectiva instrucción criminal a diferencia de lo sostenido en el proveído de absolución, no aporta mayores elementos que sirvan acreditar y dar solidez a la decisión final, le es dado al operador judicial la no aplicación de la norma que sujeta el juez civil a lo resuelto dentro de la acción criminal. Al respecto ha señalado la Corte lo siguiente:

“En este orden de ideas, el examen intrínseco de la resolución absolutoria en materia criminal permite afirmar que su contenido no ofrece certidumbre y firmeza en cuanto a que el sindicado no cometió el hecho, al haber intervenido la culpa de la víctima como causa extraña, en la medida en que no existe plena seguridad de que el presunto giro imprudente de la víctima haya sido el que determinó el fatal

⁴ Folios 159 a 300 del Cuaderno Principal.

⁵ Folios 293 a 298 ídem.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 13039-01, Julio 5 del 2007.

resultado, pues, cuando menos, puede decirse que, hasta este momento, los sucesos siguen haciendo parte de un escenario oscuro, ambiguo e indeterminado, a la vez que admiten variadas lecturas e interpretaciones, con lo que, a la luz de la doctrina jurisprudencial vigente, ha de descartarse tajantemente la aplicación de la norma que sujeta el juez civil a lo resuelto dentro de la acción criminal.”⁷

Se observa en la referida resolución de preclusión de la Fiscalía delegada, una carencia palmaria de elementos de prueba, que den solidez a la argumentación jurídica edificada a partir de éstas. Decisión que eventualmente derivó en la preclusión de la causa criminal.

De la instrucción penal adelantada, una vez analizado los respectivos folios, se tiene que en gran medida el acta de diligencia de indagatoria rendida por el señor Arnulfo Marín Gamero, fue prueba angular, sobre la cual a la postre se derivó la decisión previamente reseñada. Inclusive en la parte considerativa de dicha resolución se lee:

“A lo largo de esta investigación surgieron pruebas que nos indican en cabeza de quien o quienes esta la responsabilidad de la muerte de quien en vida respondía al nombre de RAFAEL ENRIQUE DONADO ORTIZ, pues hasta este momento procesal todo indica que el presunto sindicado ARNULFO MARÍN GAMERO, fue vinculado por circunstancias ya que no ha sido desvirtuado su dicho y tal parece⁸ que la responsabilidad del in suceso lo tuvo la misma víctima (...)”⁹

“En todo caso en la declaración de Indagatoria el encartado hace sus relatos en forma justificada y exculpativa sobre los hechos de su retención, por lo que hasta ahora su defensa en realidad no ha sido desvirtuada por prueba alguna en el proceso.”¹⁰

Aunado a lo anterior, resalta esta Sala que se evidencia inconsistencia en la declaración rendida por el señor Arnulfo Marín Gamero, toda vez que en la diligencia de fecha 6 de junio del 2007¹¹, éste en su calidad de indiciado manifiesta que el señor Rafael Donado Ortiz (víctima del siniestro) conducía la bicicleta en la que se trasladaba en estado de embriaguez¹², afirmación que se encuentra desvirtuada por lo consignado en la Historia Clínica del occiso, de la Clínica Cervantes de Barranquilla (folio 224 del C.P.), en la que se indica estado de embriaguez negativo, así como también lo consignado en el respectivo dictamen de medicina legal (Folios 210 a 211 del C.P.) circunstancia que resulta relevante ya que en la respectiva resolución de preclusión, el Fiscal en la construcción de sus premisas argumentativas señaló:

“(...) de las pocas pruebas existentes en el plenario se infiere que la responsabilidad por el insuceso investigado fue por culpa exclusiva del conductor de la bicicleta persona que desafortunadamente perdió la vida en el lamentable hecho, por tanto fue el quien violó el deber objetivo de cuidado que se le imponía (sic) su condición de conductor de un rodante bicicleta cual manejava bajo los efectos del licor¹³ tal como está demostrado en la Historia Clínica (...)”¹⁴

Por consiguiente, el análisis de la resolución de preclusión, emanada de la Fiscalía Tercera Seccional Delegada, del Municipio de Soledad-Atlántico, dada las consideraciones señaladas ut supra, no ofrece la certidumbre y firmeza, que permitan a este despacho

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 13039-01, Julio 5 del 2007

⁸ Subraya del despacho.

⁹ Folio 295 del cuaderno principal.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Folio 186 a 187 ibidem.

¹² Indagatoria folios 186 a 187 ibidem.

¹³ Resalta la Sala.

¹⁴ Folio 297 del Cuaderno Principal.

decantar una decisión, derivada de la referida instrucción criminal, por lo que esta Sala en apoyo de la doctrina jurisprudencial que previamente se reseñó, no valorará la referida resolución de preclusión, como prueba eximente de responsabilidad en favor del Arnulfo Marín (conductor) y Ricardo J. Santodomingo (propietario del vehículo siniestrado), no obstante, este despacho encuentra que del análisis del informe de accidente No. 02094 así como del croquis elaborado por la respectiva autoridad de tránsito del Municipio de Soledad- Atlántico¹⁵, se puede constatar la incidencia por parte del señor Rafael Donado Ortiz (Q.E.P.D.) en la causación del siniestro, toda vez que como viene indicado en la trayectoria física plasmada en el croquis del accidente tránsito, se observa que el vehículo No. 2 (La bicicleta conducida por la víctima) iba en contravía, conduciéndose ésta en dirección sur-norte, igualmente se evidencia que se encontraba desatendiendo la distancia reglamentaria que debía guardar respecto a la acera (1 metro), además de la no utilización del chaleco reflectivo a pesar de las horas en que transitaba por la vía, toda vez que el eventus damni sucedió a las 12 de la noche¹⁶, así como también el no uso de un casco de protección el cual inclusive hubiera aminorado el impacto de las contusiones ocasionadas por el accidente, situaciones estas que están reguladas por la Ley 769 del 2002:

“Artículo 94. Normas generales para bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y Mototriciclos. Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y Mototriciclos estarán sujetos a las siguientes normas:

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.

Los conductores de estos tipos de vehículos y sus acompañantes deben vestir chalecos o chaquetas reflectivos de identificación, que deben ser visibles cuando se conduzca entre las 18:00 las 06:00 horas del día siguiente y siempre que la visibilidad sea escasa.

No deben transitar sobre las aceras, lugares destinados al tránsito de peatones y por aquellas vías en donde las autoridades competentes lo prohíban. Deben conducir en las vías públicas permitidas o, donde existan, en aquellas especialmente diseñadas para ello.

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.”

“Artículo 95. Normas específicas para bicicletas y triciclos. Las bicicletas y triciclos se sujetarán a las siguientes normas específicas:

No podrán llevar acompañante excepto mediante el uso de dispositivos diseñados especialmente para ello, ni transportar objetos que disminuyan la visibilidad o que los incomoden en la conducción.

Cuando circulen en horas nocturnas, deben llevar dispositivos en la parte delantera que proyecten luz blanca, y en la parte trasera que refleja luz roja (...)”

No obstante, si bien es cierto que el fatídico accidente se debió, en parte, a la imprudencia o impericia de la víctima al conducir la bicicleta, también resulta palmario, que no existe pruebas en el plenario que permitan acreditar con cierto grado de suficiencia, que el señor Arnulfo Marín Gamero (demandado) conductor del vehículo, hubiese desplegado toda la actividad que estaba a su alcance para tratar de evitar el fatal desenlace, así como también toda duda al respecto de la velocidad en que éste conducía el automotor, máxime cuando el demandado, se encontraba en el ejercicio de una actividad peligrosa, la cual ha sido considerada así, en forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia, toda vez que, quien desarrolla este tipo de actividades rompe el equilibrio existente, colocando a las demás personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes.

¹⁵ Folios 160 y 161 ibidem.

¹⁶ Folio 160 Informe Accidente 02094

En consecuencia, si bien existió incidencia de la víctima en la causación del eventus damni, esta Sala en virtud de lo arriba considerado, no encontró los elementos de prueba suficientes, que permitan inferir con cierto grado de certeza que en el caso sub-examine, se produjo el rompimiento de nexo causal en razón de la culpa exclusiva de la víctima, más bien, y en consonancia de lo que viene expuesto, este despacho enjuiciará el presente asunto a la luz de la llamada “graduación de culpas”, en razón al grado de participación de la víctima en la producción del hecho dañoso, tal y como lo señala el artículo 2357 del Código Civil:

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

Por lo tanto, esta Sala morigerará en un 20% el monto a indemnizar por parte del señor Ricardo Santodomingo, dado que éste es civilmente responsable en forma solidaria, por la presunción de responsabilidad derivada de su condición de dueño del vehículo y guardián del mismo, el cual fue conducido por el causante material del hecho dañoso.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamente de voto del Dr. Diego Omar Pérez Salas, a continuación sus argumentos de disenso:

1. En mi opinión la sentencia recurrida de mayo 6 de 2.013, proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla, ha debido revocarse en lo que atañe con la declaración de responsabilidad civil y consecuente condena que se impone al conductor del automotor de placas UYU – 520, señor, Arnulfo Marín Gamero, como quiera que, es indudable para el suscrito Magistrado disidente que aquí se abre paso la excepción de cosa juzgada por absolución en el proceso penal, que fuera expresamente alegada y probada en el pleito, pues, ciertamente obra en el proceso la decisión en firme de preclusión de la investigación penal adoptada por la Fiscalía Tercera Seccional Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Soledad, adiada el 27 de enero de 2.009, (Folios 293 a 298 cuaderno principal), en favor del sindicado, hoy demandado, Arnulfo Antonio Marín Gamero, determinación penal que se funda, sin duda alguna, en el hecho de que la muerte de la víctima señor, Rafael Enrique Donado Ortiz, - padre de los menores demandantes – obedeció a culpa exclusiva del fallecido, conductor de una bicicleta (Página 5 de la decisión de preclusión, folio 297 cuaderno principal).

2. En este orden de ideas, es coruscante que la acción civil indemnizatoria no podía iniciarse o proseguirse contra el señor, Marín Gamero, quien había sido absuelto, o, mejor, declarado no responsable penalmente por la muerte del señor, Donado Ortiz, en virtud de la ocurrencia o existencia de un causa extraña, en la modalidad de culpa exclusiva de la víctima, es decir, culpa exclusiva del conductor de la bicicleta, señor, Donado Ortiz, realidad procesal y sustancial que lamentablemente la sentencia mayoritaria desconoce; con el agregado cierto, según el cual, la preclusión de la investigación penal se fundamentó – se repite – expresa y claramente en la existencia de la culpa exclusiva de la víctima, es decir, reconoció sin ambages la existencia de causa extraña – culpa exclusiva de la víctima – que como se sabe determina la ausencia o el rompimiento del nexo de causalidad necesario entre el daño y la conducta causante de aquél; circunstancia sustancial debidamente demostrada que impedía el inicio o la prosecución de la acción resarcitoria ejercida por los demandantes, en virtud de la llamada cosa juzgada penal absolutoria, que la sentencia mayoritaria no aprecia, siendo, a mi juicio, notoria.

3. Huelga recordar, que la cosa juzgada penal absolutoria ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en numerosos pronunciamientos, entre los cuales, a guisa de ejemplo, recordamos: sentencia de 23 de junio de 2.005, expediente 0143 MP Edgardo Villamil Portilla, sentencia de 19 de diciembre de 2.007, expediente 2000-00167-01, MP Pedro Octavio Munar Cadena, sentencia de 18 de diciembre de 2.009, expediente 1999-00533-01, MP William Namen Vargas; doctrina jurisprudencial acerada en el entendido que enseña que la acción civil se termina o extingue por la decisión penal absolutoria, cuando esta declara que el sindicado no cometió el hecho causante del perjuicio; situación en la que quedan comprendidos los acontecimientos de lo que se ha denominado una causa extraña que conduce al quiebre del nexo causal, entre los cuales, se cuenta la culpa exclusiva de la víctima; que en el caso presente fue objeto de estudio puntual y expreso en la decisión de preclusión adoptada por la Fiscalía Tercera Seccional Delegada, que en lo pertinente señala:

“... La responsabilidad por el insuceso investigado fue por culpa exclusiva del conductor de bicicleta (sic) persona que desafortunadamente perdió la vida en el lamentable hecho, por tanto fue el quien violó el deber objetivo de cuidado que se le imponía (sic) su condición de conductor de un rodante bicicleta cual manejaba (sic) bajo los efectos del licor tal como está demostrado con la historia clínica que reposa dentro del plenario... además conducía en contravía sin los mecanismos de seguridad requeridos...” (Página 5 decisión de preclusión, folio 297 cuaderno principal).¹⁷

4. Y, no se diga que la decisión penal de preclusión a favor del demandado Arnulfo Antonio Marín Gamero, resulta frágil en su argumentación en punto de la culpa exclusiva de la víctima, pues, aquélla determinación liberatoria de responsabilidad penal se ocupó únicamente de estudiar la señalada figura, con razones probatorias sólidas que condujeron a reconocer la preclusión de la investigación penal a favor del sindicado conductor del automotor, señor, Arnulfo Antonio Marín Gamero, y por tanto, a mi juicio, no es de recibo como se hace en la sentencia aprobada por mayoría, desconocer la memorada decisión penal absolutoria en el sentido de realizar un nuevo estudio de las probanzas incorporadas a la investigación penal, pues, justamente esa actividad está vedada para el juez civil ante la absolución penal que reconoce expresamente la ocurrencia de la causa extraña, como aquí acontece sin duda alguna.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 13039-01, Julio 5 del 2007, Ley 769 del 2002, artículos 94 y 95 y Artículo 2357 del Código Civil

DEMANDANTE: Berseida Del Carmen Barrios Carrascal

DEMANDADO: Arnulfo Marín Gamero y Ricardo José Santodomingo

FECHA: Abril 23 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2009-00137-01/**37.507**

DECISIÓN: Modifica y revoca numerales de la decisión de primera instancia. Disminuye el monto de la indemnización.

¹⁷ Otras sentencias de Casación que se ocupan de reconocer la cosa juzgada penal absolutoria que impide el inicio o prosecución de la acción civil indemnizatoria, son: 16 de marzo de 2.001 expediente 6427, 12 de octubre de 1.999 expediente 5253, 13 de diciembre de 2.000 expediente 5510, 14 de octubre de 2.004 expediente 7637, todas referenciadas en la sentencia de Casación de 23 de junio de 2.005 expediente 0143, MP Edgardo Villamil Portilla.

SOCIEDAD CONYUGAL-Bienes que conforman el haber absoluto y relativo/**OBJECIONES AL INVENTARIO Y AVALUO DE BIENES**- Persigue que se excluyan partidas indebidamente incluidas o que se incluyan las compensaciones a que haya lugar/**PRESUNCIÓN LEGAL SOBRE LOS BIENES SOCIALES**- Se presume como tales toda cantidad de dinero, cosas fungibles, especies muebles, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los esposos al momento de la disolución de la sociedad.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LUZ MYRIAM REYES CASAS

Causa Fáctica: En el presente caso, pretende la parte actora se modifique la diligencia de inventarios y avalúos llevada a cabo dentro del trámite liquidatorio de la sociedad conyugal, pues considera que bienes muebles del demandado no están siendo incluidos dentro del haber relativo.

Extractos: “Como quiera que el punto de discusión se centra en la diligencia de inventarios y avalúos, resulta oportuno señalar que el ordenamiento procesal dispone en su artículo 600 *ibídem*, las reglas que se deben seguir para su realización, precisando en el inciso 3° del numeral 1°: “...*si hubiere desacuerdo entre los interesados sobre el valor total o parcial de algunos de los bienes el juez resolverá previo dictamen pericial...*”; de igual modo el numeral 4° del mismo artículo, consagra que: “*Si se hubieren dejado de inventariar bienes, podrá solicitarse inventario y avalúos adicionales, a los cuales se les aplicará lo dispuesto en los numerales anteriores.*”

Ahora bien, en caso de haber objeciones el artículo 601-1 del C.C, prescribe que ésta sólo “...*tendrá por objeto que se excluyan partidas que se consideren indebidamente incluidas, o que se incluyan compensaciones de que trata el artículo precedente ya sean a favor o a cargo de la masa social.*”; así como en su inciso 3° señala: “*las objeciones, aclaraciones y adiciones del dictamen pericial se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 238, pero las mismas se tramitarán conjuntamente y se decidirán por auto apelable*”

En atención de los argumentos que sustentan la impugnación, analizará la Sala si los bienes contenidos en el inventario y avalúo de la sociedad conyugal, deben ser excluidos de éste; además verificar si se reúnen los requisitos legales para ordenar que se pague una recompensa.

Para ello, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1781 del Código Civil, el haber absoluto y relativo de la sociedad conyugal está compuesto por:

“... 1) De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio; 2) De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio; 3) Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; 4) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere (sic); quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles,

designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y tres testigos domiciliados en el territorio; 5) De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso; 6) De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero. Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces. Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas.” (Negrilla fuera de texto)

Vale la pena aclarar, que el **haber absoluto** está conformado por los bienes que ingresan en forma absoluta y cierta al patrimonio de la sociedad están destinados a repartirse entre los esposos al momento de la disolución. El aporte de estos bienes no genera ningún tipo de recompensa en favor del cónyuge adquirente y aportante del bien. En cambio, el **haber relativo** está integrado por los bienes que por disposición legal se entienden aportados por los esposos a la sociedad, quedando ésta obligada a restituirlos si existen al momento de la disolución o restituir su valor.

Respecto a **las recompensas**, se consideran mecanismo de protección establecidos por la ley en defensa tanto del haber social como del propio, y surgen de los aportes, adquisiciones a título gratuito, transacciones de carácter patrimonial y negocios jurídicos que en vigencia de la sociedad celebre la pareja; así mismo, dichas compensaciones son cuantificables en dinero a cargo de los cónyuges y en favor de la sociedad o viceversa, que conllevan a que se configure una obligación de pagar su valor cuando la sociedad se disuelva y tramite su liquidación, como lo consagra el artículo 4° de la ley 28 de 1932 que dejó vigente su régimen, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, en cuanto a la donación el artículo 1782 ibídem dispone que:

*“las adquisiciones hechas por cualquiera de los **cónyuges a título de donación**, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, **no aumentarán el haber social** sino el de cada cónyuge”*

Y a su turno el artículo 1788 ídem, consagra: **“Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos, a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración al otro**

En el asunto bajo estudio, es necesario indicar que en la audiencia de inventarios y avalúos, no se ordenó la práctica del dictamen pericial, siendo que no había un acuerdo entre las partes sobre el valor de los bienes presentados; el juzgado no advirtió esta situación ni tampoco instó a las partes para que llegaran a un acuerdo sobre los avalúos de los bienes; igualmente, la apoderada de la parte demandante, tampoco solicitó en el desarrollo de dicha audiencia que se decretará la experticia pertinente, más aún cuando la había pedido por escrito en el inventario presentado al a-quo (fl.31-32); por el contrario guardó silencio, convalidando lo actuado en dicha diligencia; sin dejar de lado, que el Juzgador de primera instancia siempre procuró que se llevaran a cabo las pruebas

decretadas, pues amplió el período probatorio dos veces para que se practicaran, por ende no podría atribuírsele culpa alguna al operador judicial.

Ahora bien, conforme a los avalúos e inventarios presentados dentro del proceso de liquidación de sociedad conyugal y sus correspondientes objeciones, es dable plantear que en realidad no todos los bienes indicados como parte del haber social, reúnen los requisitos legales de orden sustancial como procesal; de modo que se permitiera el ingreso al patrimonio societario. Ahora bien, las objeciones se refieren a varios bienes, por lo que estimamos ajustado referirnos a cada uno de ellos, de manera puntual:

En cuanto al bien inmueble ubicado en la ciudad de Santa Marta, con matrícula inmobiliaria No. 080-12010; es claro, que los bienes adquiridos por donación, se logran a través título gratuito, de modo que se agregan como bien propio del cónyuge donatario, además fue adquirido antes de casarse con la actora, en manera alguna puede pertenecer al haber social según lo consagrado en los artículos 1782 y 1788 del Código Civil; además, conforme a la escritura pública de 14 de abril de 1983 y la ley, estamos frente a un bien adquirido a título gratuito que no es posible incluirlo dentro del trámite liquidatorio. De igual manera, la recurrente no aportó ningún soporte probatorio tendiente a determinar cuál fue el mayor valor de este inmueble, ni que la sociedad conyugal haya contribuido a éste; al mismo tiempo se advirtió, que al interior del expediente no hay probanzas suficientes para predicar un aumento del valor del bien.

Respecto a la falta de práctica del dictamen pericial sobre el local comercial, no es un medio probatorio necesario, toda vez que por sustracción de materia al haberse excluido el bien por las anteriores razones, no hay lugar a su estudio.

Acerca de las 1157 cuotas que tiene el señor Barceló Dib en una sociedad familiar, estas fueron obtenidas a través de la Escritura Pública No. 570 del 29 de marzo de 1988, antes de constituir la sociedad conyugal con la demandante; por lo tanto, se trataría de una adquisición previa al matrimonio; sin embargo, al tratarse dichas acciones de unos bienes muebles en cabeza del demandado, se incorporarán en el haber relativo de la sociedad, tal como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, en sentencia del 19 de mayo de 2004, M.P Cesar Julio Valencia: *“...si antes del matrimonio uno de los cónyuges poseía cuotas de interés en una persona jurídica, debe concluir la Corte que al contraer el vínculo connubial y formarse por ende la respectiva sociedad conyugal, esos efectos patrimoniales, que por su naturaleza son **bienes muebles**, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal.”*

Por ello, debe entenderse que el aporte de los **bienes muebles es automático**, en efecto, estas acciones dada su naturaleza jurídica entrarían a formar parte del **haber relativo** de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta el valor de las mismas al momento del aporte o adquisición, que en este caso concreto, hubo déficit probatorio para determinar el valor actual de esas cuotas, por lo mismo se tendrá como valor de las mismas el fijado en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio (fl-48), que fue de “\$231.400”, en consonancia con lo consagrado en el numeral 4 del artículo 1781 del Código Civil; por consiguiente, surge necesario su inclusión en el inventario correspondiente; de este modo, el bien así adquirido ingresa al haber relativo, con derecho a que la sociedad se lo restituya al demandado, en caso de que exista al momento de la disolución, o se le recompense el valor que tenía al momento de la donación o de la adjudicación.

En el mismo sentido, el artículo 1795 ejusdem establece una presunción en el sentido de tenerse como sociales toda cantidad de dinero, cosas fungibles, especies muebles, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los esposos al momento de la disolución de la sociedad. Se trata pues de una presunción legal, que en este caso no se logró desvirtuar, pues el demandado no acreditó que el bien sea exclusivamente “propio”, por ello es totalmente dable que las citadas cuotas en la sociedad Inversiones Dib, dado su carácter de muebles, conformen el inventario de bienes dentro de este proceso.

De igual forma, frente a los frutos de las mismas, se infieren que fueron destinados para los gastos que se tenían en el hogar, tal como lo manifiesta el demandado (folio 93 cdo ppal), pues se benefició a la sociedad conyugal; asimismo, al momento de efectuar la liquidación no existen utilidades acumuladas, tal como se desprende del certificado expedido por dicha sociedad, signado por el representante legal y la contadora; por demás, que la señora Franco Barnes, no demostró la existencia de tales rendimientos.

En relación con los dineros con los cuales fue remunerado el demandado por sus vínculos laborales; cabe anotar sobre este punto, que la jurisprudencia ha señalado que estos ingresos entran al haber de la sociedad conyugal sólo en la medida en que sean capitalizados, pues se presume que se emplearon para cumplir con la carga del hogar; además, según las declaraciones y el material que obra en el expediente, el señor Barcelo Dib, era quien sufragaba los gastos del hogar, toda vez que la señora Jacqueline Franco no trabajaba, sin dejar de lado, que actualmente esos ingresos ya no existen; en consecuencia esta partida no hará parte del trabajo liquidatario.

Finalmente, respecto a la recompensa exigida por el demandado por haber costeado la educación de la hija de ambos cónyuges; es claro que ésta institución jurídica tiene como fundamento la equidad, y su finalidad es mantener el equilibrio patrimonial de la sociedad y de cada cónyuge, con el fin de evitar el enriquecimiento injustificado de uno de ellos en contra de la sociedad y de ésta en detrimento de los intereses económicos de aquellos; en este caso por tratarse del pago de mensualidades escolares de una hija de ambos cónyuges, esto se considera una carga de familia, la cual cumplió el señor Barcelo Dib atendiendo el deber de solidaridad que se impone en relación con los hijos, en el mandato del artículo 42 de la Constitución Nacional, según el cual “... La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y **deberá sostenerlos y educarlos** mientras sean menores o impedidos...”, por ende, no hay lugar a compensarle al demandado el gasto efectuado; de este modo no es viable su reconocimiento.

Estos breves comentarios conducen a la Sala a concluir, que, en efecto era necesario excluir algunos bienes dentro del proceso liquidatario de la sociedad conyugal, como lo consideró el Juez de primera instancia; en consecuencia la providencia se confirmará parcialmente.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 600 incisos 1º y 3º numerales 1º y 4º, 1781, 1782, 1788 y 1795 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de mayo de 2004. M.P. Julio César Valencia Copete.

DEMANDANTE: Jackeline Franco Barnes

DEMANDADO: Julio Cesar Barceló Dib

FECHA: Mayo 16 de 2014

RADICACIÓN: 00153-2013F

DECISIÓN: Confirma Parcialmente.

2. SALA LABORAL

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Terminación del contrato de trabajo con empleados con situación de discapacidad/**PROTECCIÓN ESPECIAL-** se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad para que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito laboral/**DESPIDO INEFICAZ-** No se produce cuando la estructuración de la invalidez es posterior a la terminación de la relación laboral

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dr. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora considera que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la demandada resulta ineficaz de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Extractos: “En primer lugar, es un hecho asaz comprobado e incontrovertido que entre las partes litigantes existió un nexo laboral entre el periodo comprendido del 13 de febrero de 1997, hasta el 16 de marzo de 2009, extremos que fueron aceptados por la parte demandada al descorrer el traslado de los hechos 1° y 6 del libelo introductorio, configurándose la típica confesión judicial consagrada en los artículos 194 y 197 del C.P.C, aplicable por analogía siguiendo el principio de integración de las normas conforme lo previsto en el artículo 145 del C.P.T y de la S.S. Igualmente, se evidencia que la actora fue despedida sin justa causa a partir del 16 de marzo de 2009, lo anterior se refluye de la carta de despido visible a folio 9, y de la liquidación de prestaciones sociales, en la cual se contextualiza y se acredita el pago de la indemnización como consecuencia del despido visible a folio 11.

Ahora bien, resulta de cardinal importancia examinar el caso de autos a la luz de la ley 361 de 1997 y la jurisprudencia si el actor goza de la protección de la estabilidad reforzada por encontrarse en condición de discapacidad, por ello, es menester seguir el derrotero trazado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado su posición precisando que la protección de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo y sobre este tópico en asuntos similares ha sostenido la tesis de que la finalización del vínculo laboral en esos eventos es ineficaz, así lo ha iterado en las sentencias 15 de julio de 2008, rad. 32532; 25 de marzo de 2009, rad. 35606; 16 de marzo de 2010, rad 36115; 24 de marzo de 2010, rad 37235 y 28 de agosto de 2012, rad. 39207, esa alta Corporación cumpliendo su misión de unificar la jurisprudencia nacional y como órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, en esta última sentencia con relación a este tema en particular dijo:

“... esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1° y 5° de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%). Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7.41%.

“La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T.

[...] la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1°; al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa.

Es en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a que está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, que se dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada. No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que se ha hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Así por ejemplo en el 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados, en las condiciones de discapacidad enunciadas en ese mismo ordenamiento; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación, y el 37 prevé que el Gobierno, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y en cooperación con las organizaciones de personas con limitación, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas.

Es claro entonces que la precipitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1° de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma

expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.”

Mutatis mutandis así lo enfatiza esa alta Corporación, sentencia 35606 de 2009, donde sobre el particular anotó:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

En ese orden de ideas, sin lugar a dudas es pacífica la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, a juzgar por la Sala, constituye doctrina probable y resulta propicia prohiar los sendos lineamientos trazados para desatar el caso de autos y, además, se funda en una interpretación consistente y uniforme del ordenamiento jurídico, así lo ha definido la Corte Constitucional en sentencia C-836/01, con relación a la emanación de la fuerza normativa de la doctrina judicial de esa alta Corporación, y sobre este punto razonó de la siguiente guisa:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; 2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”

En efecto, en el caso materia de estudio resulta ineludible examinar si el actor se encuentra en ese grado de discapacidad subsumida dentro de los rangos de la denominada moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%) y si la demandada estaba obligada a solicitar autorización al Ministerio del Trabajo a fin de que se verifique la configuración de la justa causa previa al despido. Ahora bien, al realizar una valoración ponderada de los medios de convicción allegados al proceso y hacer las confrontaciones con el experticio rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez quien determinó al actor 15.49% como pérdida de capacidad laboral, fijando fecha de estructuración el 19 de julio de 2011, se evidencia que esta data, es a posteriori a la materialización de la terminación del contrato de trabajo, deviene con obviedad que el despido no fue paralelo con la limitación alegada para el efecto.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 26 de la ley 361 de 1997, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias de fecha 15 de julio de 2008, rad. 32532; 25 de marzo de 2009, rad. 35606; 16 de marzo de 2010, rad 36115; 24 de marzo de 2010, rad 37235 y 28 de agosto de 2012, rad. 39207.

FECHA: Marzo 28 de 2014

DEMANDANTE: Jorge Antonio Orozco Castillo

DEMANDADO: Acerías De Colombia - Acesco & Cía S.C.A

RADICACIÓN: 47.578 (A)

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

PENSIÓN DE VEJEZ- Reliquidación/ **RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY 71 DE 1988**-Sentencia del Consejo de Estado/ La afiliación para el servidor público con anterioridad a la Ley 100 no era obligatoria sino facultativa

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita la reliquidación de su pensión de vejez con arreglo en la Ley 71 de 1988 por ser beneficiario del régimen de transición pensional, y la entidad demandada alega que su reconocimiento y monto se ajustaron a las normas que regulaban el caso -ley general-, por lo que se opone a lo solicitado.

Extractos: “Como quiera que no hay discrepancia respecto a la condición del actor de beneficiario de la transición pensional -viene admitido en el acto administrativo de reconocimiento y es un hecho aceptado al contestar la demanda- es claro, entonces, que le correspondía el estudio de su prestación con fundamento en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, que exige, además de los 60 años de edad en el caso de los hombres, 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; también el cómputo del tiempo de servicios en el sector público no aportados a cajas o fondos de previsión social, según lo consideró el Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, Rad. N° 279308, que permitió acumularlos 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 estudió la prestación bajo la fórmula de la mencionada Ley 71. De tal suerte que se procederá al estudio de la prestación bajo el anterior precepto jurídico.

Pues bien, la Res. N° 047351 del 14 de noviembre de 2006 reconoció que el actor acreditó ante el ISS un total de **2705** días cotizados de forma interrumpida que equivalen a **386.42** semanas¹⁸. Igualmente consignó que también cuenta con tiempos en el sector oficial no cotizados al ISS, discriminados así: Con el MIN. DE DEFENSA, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL (no se enuncia cuál) y CAPRECOM reserva un total de **5741** días, a los que se le restaron 1423 días por tiempos simultáneos y días no trabajados por licencias no remuneradas, que le merman a **4318** días, tiempos que exactamente coinciden, después de una revisión minuciosa, con los consignados en el acto administrativo N° 000885 de 2006 a folio 20 y los certificados a fls. 22, 23, 24, 28 29, 30, 32 y 33, para un gran total acumulado de **7023** días o su equivalente a 19 años 06 meses y 03 días ó 1003 semanas. No obstante se observa que en el acto primigenio –exactamente a fl. 20-, del total de los tiempos relacionados y contabilizados, no se descontaron 480 días servidos simultáneamente con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO CAPITAL y 180 días con CAPRECOM; de ahí que se generara a su favor la diferencia de semanas que se alega en el recurso como error matemático de la entidad. Esto por un lado. Respecto a las cotizaciones efectuadas a partir

¹⁸ Fls. 14-18

del 01 de marzo de 2003, no tenidas en cuenta por la entidad dado que solo se aportó para pensión y no comprendió el de salud, motivo por el que se duele el recurrente (señalado en el último párrafo de la Res. N° 000885 de 2006), es del caso precisar lo siguiente:

Es bien sabido que en virtud de lo dispuesto por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia las sentencias de tutelas tienen efectos interpartes y por ello solo son vinculantes para las partes, sin embargo, ello, per se, no implica que los conceptos que en ellas se consignen no puedan ser utilizados de guía a la hora de resolver conflictos jurídicos. En sentencia T-072 del 31 de enero del 2008, al dilucidar un caso similar al aquí planteado, se advirtió que exigir requisitos adicionales no contemplados en la ley, con el pretexto de aplicar una interpretación jurisprudencial de la norma, es una violación al debido proceso por desconocimiento del principio de legalidad. Además aclaró que el Decreto 510 y la Ley 797, ambos del 2003, no ordenan que las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones no sean tenidas en cuenta por el hecho de no haber cotizado en salud, sino que, por una parte, el primer ordenamiento aplicaba para una hipótesis diferente, esto es para cuando una persona que cotiza como dependiente debe realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, y por otra parte, el artículo 5° de la segunda normatividad buscaba que la base de cotización para pensiones y aportes en salud fuese semejante. Criterio que adoptamos en providencia de fecha 19 de julio de 2009, rad. N° 2007-00097, rad. Interno 27372.

En éste orden de ideas, analizado el reporte de semanas y detalle de pagos efectuados incorporados al expediente, se observa que, en efecto, el actor registra cotizaciones en cero entre **enero a julio y noviembre de 2003** con la observación de “pago vencido como trabajador independiente”, sin que allí se indique motivo adicional o diferente a una mora del asegurado¹⁹; no obstante, el tan mencionado acto administrativo N° 000885 de 2006 sí lo señaló, como ya se dijo: de que tales periodos “... a partir de marzo de 2003, no podrán ser validadas para efectos de pensión, por cuanto no se acreditan las cotizaciones en ese lapso para salud...”. De tal modo que se vislumbra con nitidez, en virtud de la providencia citada, que tales aportes sufragados como independiente excluidos por el ISS, debieron tenerse en cuenta al momento de determinar el número de semanas con el que contaba para pretender la adquisición de su derecho pensional bajo la normatividad que ahora se depreca; por consiguiente, como quiera que al demandante le viene reconocidos **7023** días – densidad con las que se le reconoció la prestación-, más los **240** días aportados en el 2003, acumula en total **7263** días ó **20 años** 2 meses y 3 días, suficientes para reliquidarle su pensión de vejez con fundamento en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.

En lo atinente a la liquidación del ingreso base de liquidación se sigue por lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual consagra dos opciones a saber: La de quienes el tiempo que les faltare fuese menor de diez (10) años para adquirir el derecho, el IBL se calcularía i) sobre el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o ii) sobre el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, dando la alternativa a la más beneficiosa. A los que les faltare más de los 10 años, el IBL será el conocido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, o sea, i) el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento o ii) el promedio de toda la vida laboral cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo. Sobre

¹⁹ Véase fl. 68

este mismo t3pico, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha referido en iguales t3rminos al aqu3 planteado²⁰.

Ahora bien, para establecer cu3l de los dos criterios mencionados debe tenerse en cuenta a efectos de calcular el IBL, se ha de tomar la fecha de nacimiento del derecho, es decir, el 24 de febrero de 2004 <fecha en que cumpli3 los 60 a3os de edad, teniendo acreditado desde noviembre de 2003 los 20 a3os de servicios>, permitiendo inferir que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 01 de abril de 1994 - le faltaban, exactamente, 9 a3os 10 meses y 23 d3as para cumplir los requisitos exigidos, es decir, el IBL se calcular3 sobre el promedio de los salarios sobre los cuales cotiz3 en ese lapso.

Entonces, como la 3ltima semana cotizada por el actor se efectu3 el 30 de noviembre de 2003, se debe contabilizar 9 a3os 10 meses y 23 d3as efectivamente cotizados hacia atr3s, actualizados a 2004 -a3o de causaci3n del derecho- por orden del citado inciso 3º del art. 36, cuyo c3lculo arroj3 un IBL de \$1.238.581,24²¹, que multiplicado por el 75% de tasa de remplazo, da un total de \$928.935,93 de mesada pensional a partir del 24 de febrero de 2004, con una diferencia con la reconocida de \$168.269.00.

Como la demandada propuso la excepci3n de prescripci3n, es del caso adentrarse a su estudio.

Tal como se ha venido comulgando, la prescripci3n com3n en materia laboral es de tres a3os que se cuentan desde que la respectiva obligaci3n se haya hecho exigible, pero es susceptible de interrupci3n extrajudicial por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, que genera desde su presentaci3n un nuevo conteo de plazo legal (arts. 488 C.S.T. y 151 C.P.T.S.S.) o frente a entidades p3blicas mientras se agota la v3a gubernativa (art. 6º del C.P.T.S.S.). Tambi3n es sabido que el derecho a la pensi3n no prescribe sino lo respectivo a las mesadas dejadas de cobrar en el t3rmino de tres a3os.

Se sabe que el derecho pensional se reconoci3 mediante Resoluci3n Nº 047351 del 14 de noviembre de 2006, en ella no aparece sello de notificaci3n personal al interesado, por lo que se desconoce la fecha de cu3ndo se llev3 acabo. As3, ante la incertidumbre del momento en que se efectu3 la notificaci3n del acto al actor, se debe acudir a las normas contenidas en el C3digo Contencioso Administrativo -art. 44 y 45²²- procedimiento que deb3 surtir una vez expedido el mismo, el cual inicia al finalizar los cinco (5) d3as del env3o de la citaci3n y se efect3a dentro de los cinco (5) d3as a la expedici3n del acto <notificaci3n personal>, y al finalizar los 10 d3as del t3rmino edictal cuando no se pudiera efectuar aquella.

Ahora, la Resoluci3n se expidi3 el 14 de noviembre de 2006, por lo que deb3 notificarse a m3s tardar el 13 de diciembre de ese a3o, t3rmino a partir del cual empez3 a correr la

²⁰ Sentencia de 15 de febrero de 2011 con ponencia del Magistrado GUSTAVO JOS3 GNECCO MENDOZA

²¹ Seg3n los salarios reportados en el informativo a folio 66

²² Inciso 3º, [art3culo 44: Deber y forma de notificaci3n personal](#). (...) Si no hay otro medio m3s eficaz de informar al interesado, para hacer la notificaci3n personal se le enviar3 por correo certificado una citaci3n a la direcci3n que aqu3l haya anotado al intervenir por primera vez en la actuaci3n, o en la nueva que figure en comunicaci3n hecha especialmente para tal prop3sito. La constancia del env3o de la citaci3n se anexar3 al expediente. El env3o se har3 dentro de los cinco (5) d3as siguientes a la expedici3n del acto. (...).

[Art3culo 45. Notificaci3n por edicto](#): Si no se pudiere hacer la notificaci3n personal al cabo de cinco (5) d3as del env3o de la citaci3n, se fijar3 edicto en lugar p3blico del respectivo despacho, por el t3rmino de diez (10) d3as, con inserci3n de la parte resolutive de la providencia.

prescripción; pero se tiene que se interrumpió con la presentación del reclamo administrativo el 23 de octubre de 2009²³ y de la demanda el 04 de septiembre de 2012²⁴, por lo que es claro que no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

De tal manera, el retroactivo a pagar producto de las diferencias entre la pagada y la aquí reconocida a partir del 24 de febrero de 2004 hasta el mes de febrero del año que discurre es de **\$29.580.442,67²⁵**, la que deberá indexarse.

Sobre la procedibilidad de los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Laboral, expediente No. 21027, ha manifestado que solamente proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no, como ocurre en este caso, que es un reajuste a las mesadas por reconocimiento judicial por su liquidación equivocada. Ante lo manifestado, no habrá lugar a los mismos.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 71 de 1988 artículo 7º, artículo 21, 33, 26 y 141 de la Ley 100 de 1993, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 28 de febrero de 2013. Rad. 279308, Corte Constitucional, sentencia T-072 de 31 de enero de 2008, artículos 488 CST y 151 CPTSS, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Exp. 21027.

DEMANDANTE: Luis Alberto Bello González

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales hoy en Liquidación (sucesor procesal COLPENSIONES)

FECHA: Mayo 14 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-05-013-2012-00379-01/ **50408**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada.

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTRO SINDICAL-Sólo procede por vía judicial/ **PRUEBAS DOCUMENTALES**-No demuestran la disminución de los miembros de la organización sindical/**CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**-Es a la parte demandada la que le corresponde probar el número de afiliados del Sindicato en razón de tener acceso directo a esta información en sus archivos

MAGISTRADO PONENTE: DRA. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Causa fáctica: En el presente caso, el Tribunal estudia si de las pruebas válidas y oportunamente allegadas al proceso se demuestra que el sindicato SINTRATERCOL se encuentra incurso en la causal de disolución que permita su liquidación y cancelación del registro sindical por ostentar un número inferior a veinticinco trabajadores.

Extractos: “Sabido es que según el artículo 39 de la Constitución Política, la cancelación o la suspensión de la personería jurídica de las asociaciones sindicales sólo procede por vía judicial. Lo anterior, en concordancia del artículo 380 del CST, y el Convenio No. 87 de la OIT aprobado por la Ley 26 de 1976, que hace parte de nuestra legislación interna en virtud de lo estipulado en el artículo 53 de la Constitución Política.

²³ Fls. 34-35

²⁴ Fl. 4 (sello en la demanda) y 40 (acta individual de reparto)

²⁵ Cuya liquidación se anexa para que haga parte integrante del acta.

El artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo señala que: *“Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) patronos independientes entre sí.”*

A su vez, el artículo 401 de la misma normatividad, establece como causales de disolución de los sindicatos, entre otras, la siguiente:

“(…)

d.) Por reducción de los afiliados a número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.

(…)”

De las anteriores disposiciones legales refulege con suma nitidez, que debe existir un mínimo de 25 personas, como condición para su existencia y subsistencia como sindicato, por lo tanto, si se demuestra que al momento de la reunión de la constitución no concurren las voluntades en el número mínimo de fundadores exigido, se tiene como nulatoria su fundación, y de otra parte, si el sindicato logra su existencia pero se acredita que posteriormente sus miembros se reducen a un número inferior de 25 personas, será procedente declarar su disolución únicamente mediante la vía judicial por hallarse incurso de una de las causales consagradas en el artículo 401 del CST.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 359 del CST y el literal d) del artículo 401 de la misma legislación, esgrimió:

“Con fundamento en lo anterior, la Corte no considera irrazonable el requisito según el cual todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a 25 afiliados. Por el contrario, lo encuentra necesario y proporcionado a la finalidad que se persigue, cual es la de garantizar una estructura y organización mínimas y de carácter democrático del sindicato, órgano de representación por antonomasia de los trabajadores afiliados. Como cualquier organización, se procura que tenga un número mínimo de personas con el cual pueda cumplir cabalmente sus objetivos, hacer efectivo su normal funcionamiento, asignar a los miembros que lo conforman diversas funciones, y garantizar la participación de todos los afiliados en los asuntos que los afecta, tanto los relacionados con el sindicato mismo como los que se refieran a las condiciones laborales en que desarrollan su trabajo. La Corte considera que 25 es un número razonable para tales efectos, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un límite mínimo y no de un tope²⁶, esto es, un número máximo de trabajadores que pudieran afiliarse al sindicato.

En consecuencia, es claro que las normas acusadas no consagran una modalidad impeditiva para la formación de sindicatos ni proclive a su disolución, como alega el actor, sino simplemente un requisito impuesto a los trabajadores que pretendan constituir un sindicato, así como para que el ya constituido no incurra en una causal de disolución, requisito que la Corte encuentra razonable para alcanzar los fines a que se ha hecho referencia.

Por los motivos expuestos, tampoco le asiste razón al actor cuando afirma que las disposiciones impugnadas condicionan la voluntad de los trabajadores que deseen fundar sindicatos de base, obligándolos a pertenecer a sindicatos gremiales o de actividad económica cuando en las entidades se adelantan recortes de personal hasta el punto en que no haya suficientes trabajadores para constituir

²⁶ Como si ocurría en Francia al tenor del antiguo artículo 291 de su Código Penal, donde se prohibían las asociaciones de más de 20 personas.

un sindicato de base. Más aún si se tiene en cuenta que, en tales circunstancias, los trabajadores pueden participar en los asuntos que los afecta a través de otras formas asociativas distintas al sindicato de base.

Siendo entonces un requisito que no constituye una cifra exagerada que obstaculice la creación de sindicatos, se concluye que los artículos 359 y 401 literal d) del C.S.T. no menoscaban las garantías sindicales previstas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, especialmente los Convenios No. 87 y 98 de la O.I.T. Por lo tanto, serán declaradas exequibles.

Por último, la Corte considera necesario aclarar que, de conformidad con el artículo 401 del C.S.T., en los casos en que un sindicato se vea reducido a un número inferior a 25 afiliados, está incurso en una causal de disolución, pero ésta no opera ipso jure, pues la declaratoria de disolución, liquidación y cancelación de la personería jurídica de un sindicato sólo puede hacerse mediante declaración judicial, tal como lo prevé el artículo 39 superior, en concordancia con el artículo 4 del Convenio No. 87 de la O.I.T. (Subrayado fuera de texto). <Corte Constitucional, Sentencia C- 201 del 19 de Marzo de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.>

Ahora bien, debe advertirse que este proceso sumario laboral solamente tiene por objeto ventilar los asuntos atinentes a la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de determinado sindicato, federación o confederación. Así mismo, debe tenerse presente que como en este proceso no existe un término probatorio como tal, las pruebas debieron haberse allegado oportunamente con la demanda y su contestación, siendo estas las que constituyen el acervo probatorio a valorar por parte del Juez.

En el caso sub-examine, el demandante arguye que debe declararse la disolución de la organización sindical demandada, dado que existiendo a la fecha de la presentación de la demanda <17 de abril de 2013> un número total de 20 afiliados, y para probar ello aporta las siguientes documentales:

- Resolución No 001 del 29 de marzo de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, por la cual se inscribe en el registro sindical a la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS PUBLICOS DE LOS TERMINALES Y EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR DE PASAJEROS POR CARRETERA DE COLOMBIA “SINTRATERCOL” y su notificación (fl.13 A 15).
- Estatutos del sindicato SINTRATERCOL (fls.18 a 31)
- Resolución No. 000539 del 25 de Mayo del año 2007 expedida por el Ministerio de la Protección Social, por medio de la cual se inscribe el Acta de constitución de la Subdirectiva Barranquilla del sindicato (fl.32, 34).
- Notificación de la constitución de la Subdirectiva Barranquilla SINTRATERCOL (fol. 35)
- Constancia de depósito del cambio de junta Directiva, del 01 de junio de 2009 (fol. 36 a 38)
- Notificación de la constancia de depósito de cambio de la Junta Directiva de SINTRATERCOL (fol. 39).
- Nóminas de los trabajadores de la Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla S.A. (fol. 40 a 45)

Por su parte, el demandado sindicato “SINTRATERCOL” aduce que no es cierto que tenga a la fecha de la presentación de la demanda solamente 20 miembros, dado que cuenta con más de 30 socios, pero la empresa se niega a efectuar el descuento de cuota sindical a 10 de los socios y para demostrarlo allegó al informativo los siguientes documentos:

- Constancia de depósito del cambio de junta Directiva, del 15 de noviembre de 2011 (fol.62, 63)
- Comunicación de calenda 16 de nov. de 2011, proveniente del Ministerio de la Protección Social, que da cuenta a la sociedad demandante del depósito de cambio de la Junta Directiva de SINTRATERCOL (fol. 64)
- Convocatoria a Asamblea General de afiliados, de calenda 15 de octubre de 2011 (fol. 65, 66)
- Nómina de afiliados a SINTRATERCOL del 30 de junio de 2013 (fol. 67, 68)
- Solicitud de afiliación a SINTRATERCOL de los señores: Julio Macías de la Hoz, Antonio Reyes Rocha, Dennys Isabel Jaramillo de la hoz, Edgardo Alvear Lenes, Javier Cortina Tatis, Javier José Solano Angulo, Luis Alberto Pérez Cortes, Federico Schoonowolf, Ingrid Fernández Beleño, Yuranis Almario Pérez, (fol. 69 a 78)
- Certificación expedida por el sindicato SINTRATERCOL, de calenda 06 de junio de 2013, que da cuenta de la permanencia de los señores mencionados en el punto anterior al sindicato 8fol. 79).
- Certificación sindical de calenda 30 de junio de 2013 (fol. 80)
- Acta No. 007, pertinente modificación de estatutos, 13 de abril de 2012 (fol. 81 a 99).
- Solicitud de depósito de reforma estatutaria de fecha 4 de junio de 2012, (fol.100)
- Constancia de depósito reforma estatutos(fol. 101)
- Comunicación de fecha 24 de julio de 2013, donde el sindicato solicita , pago de cuotas sindicales, fol. 102, 103

Examinadas las pruebas válidas y oportunamente allegadas al proceso, tales como la Resolución No 001 del 29 de marzo de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, y el listado de trabajadores afiliados al sindicato demandado calendado 11 de mayo de 2007, se observa que se encuentra acreditada la existencia del Sindicato demandado.

Ahora bien, la parte actora aduce que el Sindicato SINTRATERCOL, a la fecha de la instauración de la demanda ostentaba tan solo 20 miembros, la demandada por su parte negó los hechos alegados por la actora, se opuso a las pretensiones y manifestó que el sindicato cuenta con más de 25 miembros, que la entidad demandante aporta una nómina de descuentos de cuotas sindicales, en donde no tiene en cuenta a trabajadores que son socios de la Subdirectiva Barranquilla del Sindicato, y a quienes la entidad demandante de manera unilateral y arbitraria no les realiza el descuento de la cuota sindical, tales como los señores Julio Macías, Antonio Reyes, Dennys Jaramillo, Edgardo Alvear, Javier Cortina, Javier Solano, Luis Pérez, Federico Schoonowolf, Mabel Márceles y Yuranis Almario, para ello aportó la nómina de afiliados al mismo (fol. 10, 11), y los formatos de afiliación a dicha organización (fol. 12 al 21) y pidió al A-quo que ordenara a la demandante a efecto que certificara sobre la vinculación laboral a esa entidad, prueba que fue negada por el A-quo.

Cabe resaltar, que se debe tener muy en cuenta, que no existe discusión sobre la afiliación y permanencia en la organización sindical de los trabajadores relacionados a folios 40 a 45 y que suman un total de veinte (20); la discusión se centra en determinar si actualmente los trabajadores mencionados en el inciso anterior continúan afiliados a la organización, toda vez que la misma Organización sindical afirma que pertenecen a la misma y aporta los formatos de afiliación de cada uno de ellos; para ello, esta Corporación, mediante prueba decretada oficiosamente, comprobó que la Subdirectiva Seccional Barranquilla del Sindicato SINTRATERCOL cuenta con más de veinticinco miembros, toda vez que, mediante comunicación de calenda 11 de mayo de 2007 (fol. 89 y 90) le comunica al Gerente de la

entidad actora sobre la constitución de Subdirectiva Sindicato Nacional y en ella se relacionan los nombres e identificación de los socios fundadores y a través de comunicación de fecha 13 de noviembre de 2007 (fol. 91) se le informa las nuevas afiliaciones al sindicato; entre los cuales figuran los nombres e identificaciones de los señores Julio Macías, Antonio Reyes, Dennys Jaramillo, Edgardo Alvear, Javier Cortina, Javier Solano, Luis Pérez, Federico Schoonowolf, Mabel Márceles y Yuranis Almario; además, en respuesta a un derecho de petición la entidad demandante le informa al Sindicato sobre la renuncia a la organización sindical de las señoras Yuranis Paola Almario Perez y Dennis Jaramillo de la Hoz (fol. 101) y aporta copia de dichas renunciaciones (fol. 102, 103), es decir, que existe prueba en el plenario que desvirtúa lo plasmado en la documental visible a folio 40 a 45 con lo cual la entidad demandante pretendía demostrar que se había reducido el número de afiliados a la Organización Sindical SINTRATERCOL, luego entonces, si de los diez (10) trabajadores afiliados como miembros del sindicato, solo han renunciado dos (2), se puede concluir que actualmente la organización sindical cuenta con veintiocho (28) miembros, número este superior al mínimo exigido. Es pertinente indicar, que en virtud de la carga dinámica de la prueba que consiste en radicar la carga de probar los hechos en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, es a la parte demandada la que le corresponde probar el número de afiliados a la Subdirectiva del Sindicato "SINTRATERCOL", en razón de tener acceso directo a esta información que hace parte de sus archivos.

Luego, como no existe prueba en el plenario que indique que el número de afiliados a la Subdirectiva del Sindicato "SINTRATERCOL", sea inferior a 25 miembros, se concluye que la asociación sindical aludida se encuentra vigente y no se encuentra incurso en la causal de disolución de sindicatos establecida en el literal d) del Artículo 401 del CST <"Por reducción de los afiliados a número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores".>

FUENTE NORMATIVA: Artículo 39 Constitución Política, Artículos 359, 380 y literal d) del Artículo 401 del CST, Corte Constitucional. Sentencia C-201 de 19 de marzo de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

DEMANDANTE: Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla S.A.

DEMANDADO: Sindicato de Trabajadores y Empleados Públicos de los Terminales y Empresas de Transporte Terrestre Automotor de pasajeros por carreteras de Colombia "Sintratercol" – Subdirectiva Barranquilla

FECHA: Abril 29 de 2014

RADICACIÓN: 087583103 001 2013 00116-01/50772-F-A

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada.

3. SALA PENAL

DOCUMENTOS-Definición jurídica/Clases/Efectos que produce su utilización/ **ESTAFAS-**Elementos estructurales del tipo/**APROVECHAMIENTO DE ERROR AJENO-**Materialidad de la conducta

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, el procesado es condenado como responsable de las conductas punibles de estafa en concurso con falsedad en documento privado, en virtud que la empresa Corelca realizó una negociación con la empresa World Customs Cía. Ltda., a fin que ésta última realizara el procedimiento de nacionalización de unos repuestos ingitores de calderas, atribuyéndosele que cobró muy por encima del valor correspondiente dicha prestación de servicio, valiéndose presuntamente de documentos falsos.

Extractos: “En el concepto documento se incluyen no sólo los papeles escritos, sino también cualesquiera otros objetos o materiales que representan o dan a entender algo que tiene interés probatorio, tanto en papeles no escritos planos, croquis, dibujos, proyectos técnicos, fotografías, etc., como en otros soportes materiales cuyo contenido puede ser perceptible por la vista, el oído o el tacto mediante el uso de medios técnicos adecuados (rollos fotográficos o cinematográficos, videos, discos, cintas magnetofónicas, disquetes o discos compactos para ordenadores, etc.).¹

A su vez, el documento, objeto material de la infracción debe tener utilidad probatoria, acreditar hechos o relaciones con relevancia jurídica. La idoneidad probatoria es la capacidad del documento para demostrar en sí mismo situaciones jurídicas, con independencia de su valoración probatoria; así, un documento privado con aptitud probatoria puede constituir plena prueba sumaria, indicio, etc.

De igual manera, todo documento tiene un autor, sea o no sea conocido, la relación existente entre el autor del documento y el contenido del mismo es de autenticidad: un documento es auténtico cuando su contenido ha sido realizado por quien aparece como su autor.²

En el caso que nos ocupa, no hay forma de relacionar al procesado con la elaboración del documento falso, puesto que de la mencionada declaración de importación No. 022005100010595-1 por valor de \$264.486.364 sólo reposa una copia dentro del plenario²⁷.

Al respecto, el CTI de la Fiscalía en la prueba grafológica practicada al procesado sostuvo lo siguiente:

“...El caso que nos ocupa, cuya documentación está compuesta por cinco (5) folios de muestras manuscriturales del señor José Altamar; y sesenta y un (61) folios varios en original y copias fotostáticas, donde aparece la firma del señor Altamar Arias, los cuales al ser analizados se pudo comprobar que los documentos suministrados no están bien detallados y existen firmas con identidades del orden dinámico, que demuestran la uniprocedencia; pero también es cierto que hay otras en otros documentos que no se identifican con los patrones suministrados y en aras de la verdad, le solicito muy respetuosamente que:

- a-) Se relacione cual o cuales son los folios donde supuestamente están las firmas falsa del señor JOSE ALTAMAR ARIAS.
- b-) Si dentro de la documentación enviada se pueden utilizar folios, como patrones de referencias teniéndose como material coetáneo a la fecha de ejecución de las firmas en conflicto.
- c-) Y se aporten suficientes firmas coetáneas a la fecha de las firma (Sic) de duda, con la finalidad de poder hacer un análisis serio preciso y veras (Sic).

¹ Cfr. Prieto Castro, L Tratado De Derecho Procesal Civil español Vol. I, 3ª Ed. Revista de derecho Privado

² Dice Fenech M, derecho Procesal Penal cit, tomo I, Pág. 635.

²⁷ Folio 25 C.O. No. 1 de Fiscalía.

d-) Si el despacho considera pertinente la recolección de material indubitado debe dirigirse a la Jefatura de Policía Judicial del CTI, solicitando el desplazamiento hasta los centros y/o instituciones donde reposen dichos documentos.”²⁸

Lo descrito anteriormente, es reforzado por los alegatos que expuso el Fiscal Delegado en la vista pública, cuando solicitó la absolución del encartado por esta conducta punible argumentando que:

“...En lo que atañe al delito de falsedad en documento privado considera esta Delegada, que nunca durante el transcurso del proceso, ni en la etapa investigativa, ni en la etapa del juicio, se allegó al mismo el original de la factura 16127, ni tampoco el original de la Declaración de Importación obrante en fotocopia a folio 75 del cuaderno de copias y que tiene que ver con un presunto pago a la DIAN por \$264.486.364, para poder hacer los respectivos cotejos grafológicos y así establecer quien firmó esa declaración de importación. El hecho de no aportar el original de tal documento impide que se haga un cotejo puesto que es sabido por todos, que el mismo exige la comparación entre textos originales y nunca con fotocopias y claro está también, que el acusado nunca se negó a que le tomaran las muestras para hacer el cotejo y a contrario sensu la entidad demandante Corelca, se ha negado reiteradamente y sin razón alguna a entregar los documentos requeridos...”²⁹

A su vez, contrario a lo sostenido por los censores, dentro de la foliatura se encuentran los siguientes elementos, que no logran desvirtuar la presunción de inocencia del endilgado, respecto del punible de falsedad en documento privado, pues: (i) de la copia de la declaración de importación No. 022005100010595-1 por valor de \$ 264.486.364³⁰, precisamente se tiene la fotocopia en la cual no fue posible realizar por parte del CTI el dictamen respectivo; (ii) en el estudio grafológico realizado, el funcionario de policía judicial es tajante al señalar que no cuenta con los suficientes documentos para determinar con total certeza que haya sido el procesado quien plasmó su firma en el documento falsificado.

Así pues, como corolario de lo expuesto la Sala no encuentra elementos suficientes que acrediten la responsabilidad del procesado en la comisión del punible de falsedad en documento privado.

(ii) De la estafa

Al respecto, la Sala resalta que el artículo 246 del Código Penal preceptúa sobre la estafa que: “*el que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños*”, configura el delito de Estafa.

Esta conducta conlleva que a través del engaño se obtenga un provecho ilícito proporcionado por la propia víctima, quien obra promovida por el error al que la ha inducido el medio engañoso; es un delito de astucia, en el que sujeto activo suele fingir comportamientos y calidades.

Sin embargo, para que se tipifique dicho delito no se requiere solamente que se induzca a otro en error a través de engaños, sino que se cumplan todos elementos que estructuran el delito de estafa (entre ellos el provecho económico a favor del sujeto agente) a falta de uno de ellos no nos encontraríamos en el delito de estafa sino en un incumplimiento de contrato, asunto que debe ser ventilado ante los jueces civiles.

²⁸ Cuaderno de anexos.

²⁹ Folio 239 C.O. del Juzgado

³⁰ Folio 25 C.O. No. 1 de Fiscalía.

Es pertinente resaltar, que para se tipifique dicho delito no se requiere solamente que se induzca a otro en error a través de engaños, sino que además el contrato se utilice como un medio idóneo para ocultar el verdadero ánimo de defraudar, al punto que pasan el campo penal, la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, *v.g.* sobre la capacidad de pagar que finge un ciudadano cuando en realidad carece de ella.

Además, el tipo penal de estafa señala unos requisitos *sine qua non* a fin de determinar su ocurrencia. Estos son a saber:

- a) Actos del sujeto activo de la conducta que generen el error en la víctima (el engaño) este es faltar a la verdad ya sea de palabra, de obra y de pensamiento.
- b) Que esos actos hagan inducir a la víctima en un error. Pero tal error debe ser especial e invencible y el artificio y engaño debe de estar producido a mantener en error a la víctima.
- c) La obtención de un provecho ilícito a favor del sujeto agente y ergo implique un perjuicio económico a la víctima.
- d) La existencia de un nexo causal entre los engaños que ejercitó el sujeto agente y su beneficio económico con el error de la víctima y el perjuicio que le fue causado.

En el presente caso, del paginario se infiere que Corelca realizó una contratación con la empresa World Customs Cía. Ltda, en la cual el procesado fungía como su representante legal, negocio jurídico en el que éste último se obligó al proceso de nacionalización de una mercancía proveniente del exterior y que en efecto comercializó Corelca.

Empero, la Colegiatura no observa que dentro del actuar de José de Jesús Altamar Arias se hayan presentado los elementos típicos del punible de estafa, en virtud de los siguientes aspectos:

a) El procesado no indujo en error a Corelca, ya que fue la empresa quien a través de sus funcionarios acudió a él y lo designó como intermediario aduanero³¹ y en base a información proveniente de la citada empresa se elaboró la cotización³².

Además de lo anterior, dentro de la negociación hubo un acuerdo sobre el valor del anticipo de nacionalización de la mercancía, es decir, no hubo un ardid por parte del encartado que llevara a los empleados de Corelca a realizar dicho contrato.

Tan cierto es lo descrito, que el endilgado en su diligencia de ampliación de indagatoria sostuvo que:

“...Soy socio de la compañía y en la actualidad Representante Legal esta es una sociedad de intermediación aduanera dedicada a la nacionalización y trámite de exportación y todo lo relacionado con la legislación aduanera de acuerdo al Decreto 2685 de 1999...efectivamente en los años 2003, 2004 y parte de 2005 fuiamos contratados con la empresa Corelca para prestar los servicios de intermediación aduanera aproximadamente en unas veinte importaciones relacionadas con mercancías varias llegadas al país en diferentes fechas efectivamente fuimos contratados por los señores de Corelca mediante un oficio 9871 de diciembre 14...fuimos seleccionados por Corelca para la nacionalización de los ignitores...el día 14 de diciembre de 2004 presentamos una liquidación para el pago de los impuestos de Aduana por valor de \$264.486.364...Word Custom pretendió por este oficio solicitar una anticipo para los gastos de nacionalización e impuestos de Aduanas de acuerdo por la información dada por Corelca...una vez llegada la mercancía y haciendo el uso de la facultad consagrada en el estatuto Aduanero en lo corcieniente del reconocimiento de la mercancía lo cual es un trámite que se hace antes de presentar la declaración de importación a la DIAN con el objeto de verificar cantidades, contenido, clasificación arancelaria proceso en el cual se llevó a cabo el día 21 de enero de 2005, en el cual

³¹ Folio 155 C. O. No. 1 de Fiscalía

³² Folio 34 C. O Juzgado.

confirmó un faltante del 80% de la mercancía a nacionalizar, ya que fuimos contratados para nacionalizar 1.0200 kilos y solo llegaron 264 kilos en la misma diligencia detectamos que no eran partes para calderas sino partes para turbinas...datos que fueron consignados en la declaración de importación...recibimos un anticipo para gastos de nacionalización y trámites aduaneros la suma de \$264.486.364 de los cuales en vista de faltantes de casi un 80% de la mercancía y la clasificación arancelaria de calderas como partes de turbinas, cancelamos de acuerdo a la factura emitida por los señores Oxy Supllys Company que encontramos dentro del embalaje..."³³ (Subraya fuera de texto).

b) No se presentó un artificio o engaño por parte del endilgado para inducir en error a los contratantes de Corelca, pues como la Sala resaltó en líneas anteriores, en el presente caso estuvo de por medio un contrato en el cual, el endilgado se comprometió a realizar los trámites de nacionalización de la mercancía que Oxy Supllys Company le envió a Corelca, ahora bien, el procesado se limitó a nacionalizar lo recibido, aunado a que el anticipo se dio mucho antes de recibir esta la mercancía y a su vez este fue pactado de acuerdo a los datos suministrados por Corelca., tal como lo reiteró el enjuiciado en la indagatoria:

"...También quiero dejar constancia que la solicitud de anticipo la elaboramos en base a datos suministrador (Sic) por Corelca en forma verbal, y en la cual y en forma textual nos indicaban que los ignitores se habían utilizado para calderas y la cual le corresponde la clasificación arancelaria de acuerdo al arancel: 84029000 con un arancel del 15% y una IVA (Sic) del 16%"³⁴

Por tanto, a juicio de la Sala no existe duda alguna de que José de Jesús Altamar Arias fue seleccionado por Corelca para llevar a cabo el proceso de nacionalización de la mercancía y presentó una cotización en base a la información recibida de parte de esta, por lo tanto el encartado no indujo en error a la empresa denunciante para que esta consignara los \$264.486.364 a nombre de su representada.

c). Pues bien, aunque la Fiscalía haya acusado a José de Jesús Altamar Arias, señalando que hubo un provecho ilícito por parte del encausado, por haberse presentado un detrimento en el patrimonio económico de la empresa Corelca, es menester indicar que, efectivamente Corelca pagó un anticipo a la empresa World Customs Cía. Ltda, habida cuenta del negocio celebrado con base al número de mercancía indicada por esta misma, sin embargo, no se le puede atribuir al procesado el faltante de la mercancía habida cuenta que éste sólo realizó la nacionalización de la mercancía que realmente llegó para este trámite. En relación a este tema, el procesado explicó lo siguiente:

"...En tres oportunidades fui solicitado a la Notaría 11 de Barranquilla a petición de Corelca y World Custom para llegar a una conciliación previo cruce de cuentas y en la cual tengo constancia de mi asistencia y de la inasistencia de los señores de Corelca...se iba conciliar tanto saldos a favor como saldos vencidos por concepto de pago de comisiones bancarias del 4 por mil, transportes al lugar de destino de la mercancía, paga de almacenaje y bodegaje y otros conceptos que se encuentran descritos en las facturas mencionadas anteriormente, sumas estas que me deben los señores de Corelca y que a la fecha no han querido conciliar..."³⁵

De igual manera, dicha versión fue enfatizada por el endilgado durante la vista pública:

"...De acuerdo a las normas aduaneras consagradas en el decreto 2685 de 1999, las sociedades de intermediación aduanera que acudan como declarantes en los procesos de nacionalización serán responsables ante la DIAN por los impuestos, aranceles y sanciones que se deriven de su actuación; en el caso de que nos ocupa mediante tres derechos de petición presentados en diferentes fechas y dirigidos a la Dra. María Rojas Yepes auditora de Corelca, al Dr. Roberto Cuello Vicepresidente

³³ Folios 24 a 25 C.O. No. 2 de Fiscalía.

³⁴ Folios 131-132 C. O Fiscalía

³⁵ Folio 29 C.O. No. 2 de Fiscalía.

Financiero de Corelca y al presidente de esa entidad en ese momento Dr. Alfonso de mares, y en el cual le solicitamos nos hicieran entrega del original de la factura comercial 16127 con el fin de solicitar la liquidación oficial a la DIAN de acuerdo a los datos que a la fecha desconozco contienen la factura comercial que a la fecha no ha sido entregada. También fui enfático al advertirle a ellos que pondría en conocimiento de este caso a las autoridades de control como son el ministerio de minas, DIAN contraloría y las entidades....en el mes de enero de 2006 fuimos citados a la Notaría 11 del circulo notarial de Barranquilla para efectuar una conciliación relacionada con este proceso y en las cuales los señores de Corelca fueron renuentes a su comparecencia, a partir de esa época se rompieron todas las relaciones entre Corelca y World Custon razón por la cual no se ha devuelto el dinero sobrante.”³⁶

En este contexto, la Sala infiere que por parte del sindicato no hubo un provecho ilícito, solo que entre Corelca y World Customs Cía. Ltda., a raíz que la primera otorgó un adelanto al endilgado, por el procedimiento de nacionalización, y en virtud que no fue allegada la mercancía por la cual se había pactado dicho trámite, se presentó una diferencia la cual siempre estuvo dispuesto a entregar Altamar Arias, previo ajuste de cuentas con Corelca. Es menester recalcar que a través de este acuerdo contractual se generaron deberes y obligaciones civiles y surgió a la vida jurídica sin vicio alguno que pudiera afectar el consentimiento otorgado por ellos y, además, no se presentó error puesto que el negocio jurídico recayó sobre un objeto con plena identidad.

De igual manera, tampoco intervino el vicio de la fuerza, ni hubo dolo, astucia o fraude atribuible a alguna de las partes destinados a inducir a su contraparte a que celebrara el contrato.

Ahora bien, la Sala no desconoce que la mercancía no llegó completa de la empresa a la cual Corelca contacto para la compra, pero ese hecho no le puede ser atribuible al enjuiciado, habida cuenta que su función era solo la nacionalización de esa mercancía.

d) Como último requisito para que se configure el punible de estafa, se requiere que entre el engaño y el provecho ilícito y el perjuicio en el patrimonio debe existir un nexo causal, pero como la Colegiatura ha resaltado, en la conducta del enjuiciado no estuvo de por medio un medio engañoso, aunado a que si bien no se desconoce que el patrimonio de Corelca se vio afectado a raíz que canceló una suma bastante alta para la nacionalización un número determinado de mercancía y esta llegó incompleta, el procesado únicamente estaba encargado de la nacionalización y no puede atribuírsele la pérdida de la mercancía y tampoco existe prueba de ello.

Así las cosas, esta Corporación no encuentra que la conducta del procesado se subsuma en el tipo penal de estafa, toda vez que, entre Corelca y la empresa World Custom, se realizó un negocio jurídico, dentro del cual no se vicio el consentimiento y tampoco se presentó ardid o engaño en la conducta del encartado que indujera en error a los empleados de Corelca en la celebración de dicho contrato.

Sin embargo, la judicatura no desconoce que dentro del paginario existen elementos de prueba que llevan a inferir con certeza que el endilgado se apropió del dinero restante, pues si bien éste llegó a su posesión en virtud de la contratación realizada con Corelca, lo cierto es que al no haber llegado la mercancía por la que se había pactado el anticipo para la

³⁶ Folio 33 C. O Juzgado

nacionalización, el inculpado debió devolver el dinero restante, pero contrario a ello el dinero de diferencia, por error entró a su posesión y éste se lo apropió.

Pues aunque el enjuiciado expuso que tenía la intención de devolver el dinero de diferencia, nada justifica que José de Jesús Altamar Arias debió entregar a Corelca la suma de dinero que hizo parte de un anticipo, a raíz que la mercancía pactada para el procedimiento no llegó en dicha cantidad.

Así las cosas, si bien la conducta del enjuiciado no se subsume en el tipo penal de estafa, su actuar se adecua al punible de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, consagrado en el artículo 252 del Código Penal, el cual enseña lo siguiente:

“Art. 252. El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. (Subraya fuera de texto).

Así pues, la conducta punible descrita se configura cuando el sujeto activo entra en posesión del bien por error o caso fortuito, para lo cual no comete ningún ardid y el error es obra del sujeto pasivo-propietario o de un tercero, tenedor poseedor-, en cuya estructuración no interviene el agente, puede ser error sobre la persona (pagar a quien no es el acreedor o sobre la cosa, pagar lo no debido, o equivocarse en cuanto a la calidad o cantidad del objeto entregado)³⁷.

Por otro lado, en el evento de caso fortuito este es el hecho imprevisto al que o es posible resistir, en virtud del cual el agente entra en posesión del objeto, tal hecho no es obra ni del agente ni de la víctima, sino de la casualidad, de fenómenos naturales o conflictos de orden público.

En el caso examinado, la empresa Corelca le canceló la suma de \$264.486.464 pesos como anticipo a José de Jesús Altamar Arias Representante Legal de World Customs Cía. Ltda., para nacionalizar una mercancía, empero, por un error o causa ajena al procesado, la mercancía que llegó fue mucho menor que la estipulada en el contrato para nacionalizar, por lo que el endilgado sólo pagó la suma de \$5.551.193, por lo que el resto de dinero quedo sobrante, sin embargo, el inculpado no lo devolvió a Corelca, apropiándose de éste, muy pese a que manifestó su intención de devolverlo.

Lo anterior se comprueba con la declaración del endilgado cuando rindió indagatoria:

“...Corelca nos suministró un anticipo por la suma de \$264.486.464 para nacionalizar una mercancía con un valor total de 314.410 dólares, que World Custom, nacionalizó parcialmente de acuerdo a la mercancía efectivamente llegada el día 21 de enero de 2005 por valor de 8.414, 10 dólares, quedando un saldo pendiente por nacionalizar...”³⁸

Así pues, durante el decurso procesal, el endilgado sostuvo que en efecto existió una diferencia de una alta suma de dinero, y aunque expuso que tuvo intención de devolver el excedente que quedó a raíz que no llegó la totalidad de mercancía por nacionalizar, no se avizora eximente de responsabilidad del endilgado respecto de la conducta punible

³⁷ PABON PARRA, Pedro Alfonso, manual de Derecho Penal, Parte General-Parte Especial Sexta Edición, pág. 879.

³⁸ Folio 134 C.O. No. 1 de Fiscalía.

expuesta, debido a que en virtud del error que se presentó en el objeto por nacionalizar, dicha diferencia de dinero entró en posesión del procesado y éste se apropió de ella.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 246, 252 y 289 del Código Penal

FECHA: Marzo 17 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00032-P-MC

DECISIÓN: Revoca parcialmente numeral primero de la sentencia apelada.

RECURSO DE APELACIÓN DESIERTO-Falta de sustentación/Ausencia de argumentos técnico jurídicos en contra de la providencia impugnada/ **DELITO DE ESTAFA**- En razón a la cuantía del bien o bienes objeto de estafa puede deducirse el provecho ilícito y consecuente empobrecimiento del patrimonio económico de la víctima

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el Tribunal se abstiene de estudiar el recurso de alzada propuesto por la defensa técnica del procesado por ausencia de los requisitos sustanciales de la alzada. En cuanto a la parte civil, persigue que se condene en perjuicios materiales y morales, negativa que le censura al juez de primera instancia.

Extractos: “Del recurso desierto

El recurso de apelación que interpusiera la defensa técnica de Dagoberto Vargas Echeverría, frente a la sentencia condenatoria que en su contra profiriera el Juzgado Séptimo Penal del Circuito – Ley 600 de 2000- de esta urbe, por el delito de estafa, se declarará desierto por las siguientes razones:

El sustento debido, implica una obligación inexcusable para el recurrente, el cual consiste en expresar de manera clara y precisa, los puntos de la sentencia que no se comparte e igualmente tiene como carga mostrar los argumentos jurídicos y de aquellos probatorios esquivados por el juez de primer nivel, que de atenderlos en forma oportuna y ponderada lo llevaría a tomar la decisión que reclama el libelista, si esto no se presenta de manera palmaria o por lo menos con solidez, la Sala no tiene otro camino que confirmar el fallo cuestionado; desde luego que, en nuestro caso, así brote aprehensible un mínimo de acierto objetivo y legalidad.

El simple hecho de que el recurrente haya manifestado su inconformidad con la sentencia de primera instancia y hacer comentarios genéricos sobre el delito de estafa, asido de *citas jurisprudenciales*, no significa que se esté proponiendo la alzada en consonancia con el querer formal y sustancial del legislador, porque del contenido del libelo emerge que brillan por su ausencia argumentos técnico jurídicos en contra de la providencia impugnada, obsérvese que no se critica el razonamiento jurídico y probatorio que llevó al Juez a proferir la decisión apelada, sabiendo el censor que es su deber el de expresar en forma adecuada, cuales son las razones de su inconformidad con la providencia que se ataca para que por lo menos el Superior la pueda revisar.

Luego, como quiera que en materia de recursos tiene plena operancia el principio dispositivo, al erigirse el medio de impugnación como una carga procesal, que no honró el apoderado, pues no expuso los argumentos de reproche en contra de la providencia que atacaba, se hace imperioso declarar desierto el recurso de apelación, pero fijese cuáles

fueron los elípticos argumentos del censor y que por contera desembocan tomar La Sala, la decisión antes anunciada:

“Luego de sus descargos el sindicado en memorial visto a folio 64, aporta copia de denuncia presentada contra el señor Fernando Mosquera Rodríguez, porque al parecer se encontraron inconsistencias en el proceso de compra y venta de la camioneta marca Nissan con placas OPS 065, que fue recibida de acuerdo al relato anterior en permuta por los semovientes en cuestión. La Fiscalía Seccional 34, en proveído fechado abril 1° del 2009 visto a folio 55 ordena la declaración jurada del señor Fernando Mosquera Rodríguez, quien presuntamente participó de un negocio jurídico con el aquí procesado.

Si embargo (sic) durante la etapa de instrucción no se recaudó este medio de prueba, que resultaba oportuno y eficaz para corroborar lo plasmado en la diligencia de indagatoria; durante la etapa de juicio la Procuradora Delegada ante esta instancia, en memorial visto a folio 89 insiste en la práctica de esta testimonio, que no fue tenido en cuenta por el juzgador, quien a la postre profiere sentencia con esta precariedad probatoria.

...

Por la carencia de medios de pruebas resulta bastante improbable demostrar en que momento el sindicado Dagoberto Vargas Echeverría se encuentra en la esfera de dominio de un negocio jurídico o por el contrario lo desborda y entra en los terrenos de un comportamiento punible, elementos que señalamos en párrafos anteriores y acordes con la jurisprudencia sobre esta problemática. La coartada como elemento de descargo es válida en toda litis y como tal tanto el instructor como el juzgador estaban en la obligación legal de agotar este asunto.”³⁹

Además, porque se dedica in extenso el libelista a enunciar y transcribir los referentes normativos que guían el proceso penal, en la especie de adoptar una decisión de fondo, para luego concluir que existe *denegación de justicia* y esto a su juicio, lo autoriza para compeler a la segunda instancia a que adopte una decisión absolutoria, *“por tanta irregularidad (sic)”* de cara al *in dubio pro reo*. Todo este auspicio huérfano de una explicación racional y coherente con la temática de nuestro interés o que procure por lo menos buscar un tratamiento argumentativo de estas figuras, como son las irregularidades o la duda, que debe registrarse difícil o con marcado resentimiento a su eliminación, hace que la esterilidad en su tratamiento ahonde más la dificultad para que la administración de justicia, pueda responderle a unas inquietudes livianas contrapuestas al fallo de condena y que de seguro quedan estas marcadas solo en el pensamiento del recurrente, más no en la obligación de sustentación del recurso.

De la Apelación De la Parte Civil:

La víctima actúa en nombre propio y ello es apenas elemental, por tener la calidad de abogado, mismo que en el libelo de apelación, en veces es descontextualizado y pletórico de citas caóticas, el cual allí nos hace un recuento histórico de los hechos y de las veleidades de este proceso penal, para posteriormente reclamar del Tribunal, revoque la no condena en perjuicios materiales ni morales que asumió el Juez en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria, advirtiendo *per se* que el total del valor de la indemnización que guardan relación con 9 toros de raza GYR rojos a razón de \$10.000.000 cada uno, asciende a la suma de \$90.000.000 y por la indexación arroja un total de \$120.000.000.

³⁹ Folios 155 a 160, cuaderno original.

Para responder a las inquietudes de la parte civil, debe afirmar la Sala que es cierto que toda conducta punible genera un perjuicio e igual es evidente que aquel sujeto o sujetos pasivos de ésta se hace merecedor a una indemnización de orden material o moral de conformidad con los artículos 45 y siguientes de la ley 600 de 2000, en armonía con el artículo 94 del Código Penal.

Igual, puede sostenerse irrefragablemente que en el presente caso se trata de un proceso penal, que se siguió en contra de Dagoberto Vargas Echeverría, a quien el Juez de instancia lo halló responsable del delito de estafa el cual se encuentra descrito en el artículo 246 del título VII, capítulo tercero, que asignó el legislador penal, a los delitos contra el patrimonio económico.

Esto implica que objetivamente puede aprehenderse la cuantía del bien o bienes objeto de estafa, porque si así no fuese entonces de dónde puede deducirse el provecho ilícito y consecuente con este el empobrecimiento del patrimonio económico del sujeto pasivo de la conducta punible, pues consideramos, que fue precisamente una de las situación que perfectamente abordó el juez de conocimiento en su fallo, cuando reconoce que hubo engaño hacia la víctima por parte del procesado, el cual devino fruto de éste que es irrogado al señor Alberto Vargas Llinás, quien consciente pero sumido en el error autorizó la entrega de 9 semovientes raza GYR, de su propiedad al procesado, como satisfacción preliminar de un convenio que integraba la compra venta de un lote de 1200 metros, en la urbanización Salinas del Rey, contrato que se incumplió por diferentes razones, entre ellas por la habilidad del timador y que consistió dentro de las facetas propias de la argucia, ofrecer un lote que no era de su propiedad y que también en forma ex profeso birló el reintegro de los semovientes a su inicial propietario, sin explicación coherente y legítima alguna.

De suerte que registrado palmar e inmanente el perjuicio económico de la víctima, no entiende el Tribunal, por qué no se hizo la mensura de la cuantía o de los perjuicios materiales, ya que razones probatorias había para hacerlo y no razones dogmáticas por la naturaleza del delito-económico- para que no pudieran determinarse los perjuicios como lo hizo el Juez, al afirmar que no había si quiera prueba sumaria para realizar ese cometido, pero contrario a ello, fijese que en la denuncia de fecha noviembre 28 de 2007, que presentara ante la Fiscalía General de la Nación, el señor Alberto Mario Vargas Llinás, que se entiende bajo la gravedad de juramento, señaló en el acápite de la cuantía, que los semovientes tenían un valor unitario de \$3.500.000, para un total de \$31.500.000.

Esta cuantía de \$31.500.000, fue puesta de presente en la declaración de indagatoria al procesado Dagoberto Vargas Echeverría, quien efectivamente aceptó conocer a la víctima, el negocio de la compraventa del lote y la existencia de los toros GYR y la efectiva entrega a su persona por parte de Adalberto Vargas Echeverría, previa autorización de Alberto Vargas Llinás, lo que por lógica elemental, hace inferir que si recibió estos semovientes y además que no los devolvió a su dueño. Pero evidentemente allí si acepta simple y llanamente que cada animal tenía un valor de \$2.000.000, al momento del negocio jurídico fracasado.⁴⁰

De suerte que, si existen elementos de juicio, de mucha utilidad que por lo menos hacen posible un trabajo estimatorio y económico de los perjuicios materiales, el cual surge a partir de las voces de la víctima y del denunciante, que fueron evaluadas y tenidas como

⁴⁰ Folios 1 a 5 y 48 a 52, cuaderno original.

fulcro sustancial de la decisión condenatoria a que llegó el Juez, de donde puede seguirse el que si la víctima le otorga un precio de \$3.500.000, por un toro y el procesado acepta que el precio de cada uno está en el orden de \$2.000.000, la razonabilidad parte desde el punto de vista, de aplicar un acercamiento sobre la diferencia entre los dos valores y que es de \$1.500.000, para establecer con ponderación y equidad la mediana posición o postura ecléctica en \$750.000, que racionalmente se le debe incrementar a los \$2.000.000, para tener el valor de cada toro en \$2.700.000, que multiplicado por 9, nos daría un total de \$24.300.000, que como perjuicios materiales se condenará al procesado Dagoberto Vargas Echeverría, los que deben ser ajustados al valor de hoy o a la fecha en que se haga su cancelación, por lo que deben hacerse los correctivos del caso, para lo cual se revocará el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 45 y s.s. de la Ley 600 de 2000 y artículo 94 y 246 Código Penal.

FECHA: Abril 29 de 2014

RADICACIÓN: 08 001 31 04 007 2013 00266 01/ **2014-00084**

DECISIÓN: Revocar el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA-Improcedencia para obtener el reconocimiento de derechos de contenido prestacional o económico/**JUEZ DE TUTELA**- Debe valorar aspectos ligados a la conducta dinámica que adopten las partes interesadas en el reconocimiento de un derecho de este tipo/**PERSONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**- Esta sola circunstancia no es óbice para desplazar los mecanismos judiciales de defensa/**PERJUICIO IRREMEDIABLE**-Deben conjugarse eventualidades que sumadas al aspecto de vulnerabilidad o indefensión permitan al juez constitucional de manera excepcional adoptar medidas que eviten su ocurrencia.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS, Sala Civil-Familia

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que por vía de la acción de tutela se le reconozca el derecho a la pensión especial que otorga la ley 100 de 1993, bajo el cumplimiento de los requisitos legales, por tener una hija inválida a su cargo.

Extractos: El punto en discordia que se extrae del libelo tutelar, se proyecta en la omisión por parte de la entidad demandada en reconocer a la promotora el derecho a la pensión especial de vejez, prestación que a su juicio tiene cabida en virtud del tiempo laborado, semanas cotizadas y la prueba de tener hijo inválido a cargo, de acuerdo con la calificación que hiciera la autoridad competente, así acorde con las normas pertinentes de la Ley 100 de 1993, es viable el reconocimiento de la prestación económica a su favor, y con cargo a Colpensiones.

Aduce que acude al ejercicio de la tutela de manera transitoria, para precaver un daño irreparable, pues a su juicio, ve afectado no sólo su mínimo vital, sino los derechos fundamentales de su hija que fue calificada con una discapacidad de un 91%.

Asevera que la agencia demandada desconoce sus derechos fundamentales sin atender la condición de discapacidad de su hija, que la hace merecedora de una protección constitucional especial y privilegiada.

Analizados los elementos de juicio con las probanzas acompañadas al plenario, se tiene que la acción de tutela, se ha utilizado como mecanismo directo para reclamar un derecho de contenido prestacional o económico, circunstancia que por regla general está considerado por la jurisprudencia constitucional como improcedente.

Así en posición reiterada se ha expresado la Corte Constitucional:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y otros derechos en el caso de la seguridad social en pensión:

La Corte ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no procede cuando lo que se busca es alcanzar el reconocimiento de los derechos en materia de seguridad social, ya que por regla general la competencia para solucionar este tipo de controversias fue asignada a la jurisdicción laboral o de lo contencioso administrativo, dependiendo del caso, cuyo trámite requiere el análisis de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan del ámbito de competencia del juez constitucional.

Empero, de manera excepcional este tribunal ha admitido la viabilidad de la acción, a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando se logre evidenciar que los otros medios no son idóneos ni expeditos para proteger de manera inmediata e integral los derechos fundamentales comprometidos, situación que debe verificarse en cada evento, teniendo en cuenta, además, si quien solicita el amparo es un sujeto de especial protección, acreedor de acciones afirmativas por parte del Estado en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentre.

Así que por vía de tutela es posible el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ya que la situación especial en la que se encuentra el individuo (sujeto de la tercera edad), que ante la negativa del reconocimiento del pago de una prestación social ve transgredido su mínimo vital, y someterlo a dirimir esta controversia a través de las acciones ordinarias podría superar la expectativa de vida del accionante”⁴¹

La Sala frente a las orientaciones fijadas por la doctrina constitucional, claramente advierte la obligación del juez constitucional de analizar las condiciones de cada caso concreto, y a juicio de este Tribunal, la controversia que se expone no está ligada exclusivamente a la discapacidad que registra la hija de la accionante, sino que también, se deben valorar otros aspectos que van ligados a la conducta dinámica que adopten las partes interesadas en el reconocimiento de una derecho de contenido prestacional como el que se hace mención, a través de la puesta en marcha de los mecanismos ordinarios de defensa que al servicio de sus intereses, diseñara el legislador patrio, así como las acciones ordinarias correspondientes.

Mal pueden aplicarse entonces, de manera indiscriminada los precedentes que frente a cada caso particular ha delineado la Alta Corporación Constitucional, dado que en dicha sede, cada asunto sometido a consideración de la revisión eventual, está constituido por características muy puntuales y en detalle, hacen que un caso sea sustancialmente distinto o disímil, frente a otros, vgr, a partir de las pruebas allegadas, condiciones de las partes, y diligencia de éstos, en la defensa de sus derechos. De allí, que la *ratio decidendi* enmarcada

⁴¹ Sentencia T- 308 de 2013 M.P Jorge Iván Palacio Palacio

en una línea jurisprudencial, no constituye per se, una fuente inalterable para el tratamiento de los casos, pues, se repite, las características del asunto, pruebas y condiciones darán las pautas, para acudir a dicha fuente como criterio orientador en la administración de justicia, propiamente en cuanto a tutela se refiere.

En el presente caso que se estudia, no existe la menor duda, que la actora, acude de manera directa al ejercicio de la tutela, sin acreditar, por lo menos en la instancia correspondiente haber instaurado los recursos contra la decisión de Colpensiones que negó su derecho pensional, siendo obligatoria, el agotamiento de la vía gubernativa, si fuera el caso de acudir en tiempo futuro y mediante demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, o bastaba, con la respectiva reclamación administrativa, para acudir al ejercicio de la acción ordinaria ante los jueces laborales.

Claramente se advierte, que se trata de una reclamación pensional prácticamente no muy antigua en el tiempo, pues, manifestó la promotora haber culminado su relación laboral el 28 de enero de 2013, y ya, había formulado la solicitud ante Colpensiones el 25 de enero de 2013.

Ello, en comparación de otros casos que registran una mora bastante considerada en la resolución del asunto, al punto de tener que acudir a la tutela, para provocar una decisión de fondo de las distintas entidades que administran, el régimen pensional en Colombia en sus diversas modalidades.

Este racionamiento para destacar que no existe justificación valedera para que la actora, no hubiere podido acreditar que acudió, al ejercicio de los recursos y acciones ordinarias para reclamar el derecho, como otros casos análogos, conocidos por esta Sala de decisión, si lo han hecho, aquí, realmente ha de acotarse que de admitir un tratamiento en el estudio de los casos de manera inconsulta, podría provocarse un desconocimiento al principio de la igualdad, sin justificación razonable, circunstancia que está proscrita generar precisamente en este escenario judicial, donde debe propenderse por la garantía de los principios y derechos fundamentales constitucionales y no su desconocimiento.

Al tiempo, resulta imperioso señalar que el común denominador en esta clase de asuntos, donde se persigue el reconocimiento de derechos de contenido prestacional que está arraigado a la eficacia de derechos fundamentales del titular, siempre vamos a encontrar que quienes reclaman, tal prestación, son sujetos de especial protección por parte del Estado, desde personas pertenecientes a la tercera edad, niños, mujeres cabeza de hogar, discapacitados, inválidos, declarados en interdicción judicial, etc, y no por esa circunstancia, se debe admitir que la tutela de manera directa, deba desplazar a los escenarios judiciales naturales donde debe operar tal reclamo, sino, que deben conjugarse eventualidades que sumadas al aspecto de vulnerabilidad o indefensión, permitan al juez constitucional de manera excepcional adoptar medidas que repelan la ocurrencia de un perjuicio irreparable, circunstancias que se echan de menos en el caso concreto.

Nótese cómo desde que la actora quedó cesante, ya había formulado la solicitud a Colpensiones- 25 de enero de 2013, obteniendo sólo respuesta de fondo, el 27 de agosto de 2013, dejando transcurrir 7 largos meses, pudiendo utilizar, por ejemplo esta acción, habiéndose completado con cargo a la demandada, los dos o cuatro meses de que trata la ley y jurisprudencia para atender esa clase especial de reclamos, actos que se echan de

menos y que restan la emergencia, necesidad y urgencia en el resguardo superior que ahora demanda.

De otra parte, la actora invoca dentro de los precedentes constitucionales el caso analizado en la sentencia T- 651 de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, frente al cual, luego de su consulta y revisión por parte de esta Sala, se hallaron aspectos que restan fuerza de su aplicación obligatoria en el asunto de marras, dado que la actora en aquella controversia juzgada por la Alta Corporación, si agotó recursos en sede gubernativa y reclamaciones en torno a lograr un reestudio de su caso, pese a tratarse de reclamaciones y pretensiones similares a la planteada en la presente litis.

Frente a la particular circunstancia la Corte Constitucional señaló: “...Finalmente se encuentra acreditado que la accionante adelantó las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos, dado que el 23 de febrero de 2006 solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, está demostrado que ante la negativa de la entidad frente a dicha solicitud, el 14 de junio de 2007, pidió un nuevo reestudio de su caso”, petición que fue resuelta de manera contraria a sus intereses mediante la resolución 12919 de 26 de marzo de 2008” Por último, se encuentra probado que el 27 de junio de 2008, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 12919 de 26 de marzo de 2008 “recurso que a la fecha de interposición de la presente acción, aún no ha sido resuelto por el Instituto de Seguro Social”.

Frente al antecedente factico que registra el precedente citado por la accionante, se advirtió una circunstancia bastante diferencial y marcada frente a su caso, pues al punto de tratarse de similares reclamaciones frente a la administración en punto de una pensión especial, el dinamismo de la protagonista de la tutela revisada por la Corte Constitucional fue muy destacado, al punto, que frente a la valoración de otras pruebas y condiciones especiales del caso, no cobró importancia que los recursos a la altura de la revisión no se hubieren resueltos, pero al menos, fueron interpuestos y no acudió de manera directa a la tutela.

Aun cuando el Decreto de tutela establezca que no es obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa para acudir al ejercicio de la tutela, nótese cómo, esa disposición luce un poco morigerada atendido la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, pues ese requisito sí que resulta perentorio para acudir a la jurisdicción contenciosa, pues la acción constitucional como lo dispone la misma fuente normativa no exime del agotamiento de la reclamación administrativa, así, que no hacerlo so pretexto de poder utilizar la tutela de manera directa, puede resultar un actuar con consecuencias nefastas para el administrado al momento de ejercer sus acciones ordinarias, ante la jurisdicción que corresponda.

Las razones muy puntuales que hasta este interregno, la Sala ha demarcado, conducen igualmente a la improcedencia de la protección, aún de manera transitoria como lo reitera la impugnante, dado la complejidad en el estudio de la controversia de contenido prestacional frente a un pensión, que a juicio de la administración representada por Colpensiones- entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no cumple con los requisitos legales, dado que la accionante- cotizante, registra inconsistencia en su historia laboral, motivación que habrá de atacar la actora, no precisamente a través de este escenario judicial sino con el ejercicio de las acciones

correspondiente, de la cual, conocen los jueces bajo el sistema oral que entró en vigor en nuestro ámbito judicial y que supone que los trámites, se tornen más céleres.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto de la Dra. Carmiña González Ortiz. A continuación las razones de su disenso:

“No comparto la decisión mayoritaria de confirmar la sentencia de fecha 3 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Sexto de Familia de esta ciudad dentro de la Acción de Tutela de referencia, por las siguientes consideraciones:

(...)

En el presente caso, nos encontramos frente a un reclamo de que no se han hecho efectivo los derechos de reconocimiento de pensión de vejez, por tener hijo discapacitado, la cual ha sido negada, lo que afecta el derecho fundamental de la beneficiaria y su hija discapacitada.

(...)

La accionante hace su petición a la Entidad Accionada el día 25 de Enero de 2013, para ese momento el número de semanas exigidas es de 1.250, y de acuerdo a la Resolución expedida por la Entidad Accionada, allí se señala que la interesada acredita un total de 8.923 días laborados que equivalen a 1.274 semanas, por lo que ha de concluirse que la señora HERLINDA ROSA CASTAÑEDA MAURY, satisface el requisito relativo al número de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión especial de vejez, toda vez que ha cotizado al Instituto de Seguro Social 1.274 semanas, es decir, más de las 1.250 semanas de cotización que exige el régimen pensional de prima media que le corresponde.

Teniendo en cuenta el análisis de las pruebas que obran en el expediente de tutela, las normas aplicables al presente caso y el precedente constitucional, la Sala encuentra demostrado que la señora HERLINDA ROSA CASTAÑEDA MAURY, satisface los presupuestos fácticos y jurídicos para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a diferencia de los sostenido por COLPENSIONES en la Resolución No. GNR 211523 del 21 de agosto de 2013, que negó dicha prestación al exigir para el reconocimiento de la misma que la solicitante se encuentre en servicio activo al momento de su petición, no existiendo normatividad alguna que establezca dicho requisito.

La presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales invocados por la señora HERLINDA ROSA CASTAÑEDA MAURY y ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- que reconozca y pague a su favor la prestación económica en comento.

Lo anterior, tal y como lo señala el precedente constitucional traído a colación, aunque en principio la Accionante cuenta con las acciones judiciales ordinarias para solicitar el reconocimiento de la pensión especial de vejez, de acuerdo a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, dichos medios no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. Esto por cuanto: (i) la condición de mujer cabeza de familia de la actora y la grave discapacidad que padece su hija, permiten concluir que requieren un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad, como quiera que por expreso mandato superior son sujetos de especial protección constitucional (artículo 43 y 47 de la C.P.); y (ii) la difícil situación económica de la accionante y su hija, en tanto derivan su sustento diario de la ayuda ocasional que reciben de la hermana de la Accionante, también permite concluir HERLINDA ROSA CASTAÑEDA MAURY y GERALDINE PAOLA GRANADOS CASTAÑEDA se encuentran en una considerable circunstancia de debilidad manifiesta que implica que resulte desproporcionado y contrario a la Constitución Política y a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, su sometimiento a un proceso ordinario a fin de establecer si tienen o no derecho al reconocimiento de la prestación económica en cuestión.

(...)

Así mismo se tiene que la presente acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad establecidos por el precedente constitucional traído a colación, dado que en consideración de los supuestos fácticos del caso, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada, por lo que considero que se debió revocar la sentencia impugnada y en su lugar conceder la protección tutelar, ordenándole a COLPENSIONES, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez de la señora HERLINDA ROSA CASTAÑEDA MAURY, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 2°, del parágrafo 4°, del artículo 33 de la ley en mención.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional. Sentencias T-308 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-651 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Artículo 33 inciso 2 parágrafo 4 Ley 100 de 1993.

FECHA: Abril 29 de 2014

ACCIONANTE: Herlinda Rosa Castañeda Maury

ACCIONADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 08-001-31-10-006-2014-00132-01/ **T-000203-2014**

DECISIÓN: Confirma sentencia impugnada. Remite a Corte Constitucional para eventual revisión.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA