

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Julio 2014

Número 26

1. SALA CIVIL-FAMILIA

ENDOSO DE ACCIONES NOMINALES-Autorización para llenar espacios en blanco según documento de instrucciones/**EJECUTIVO POR OBLIGACIÓN DE HACER**-Inscripción de acciones/**INCUMPLIMIENTO**-Indemnización por mora/Perjuicios compensatorios

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIÉRREZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte ejecutante pretende que se libere mandamiento de pago a su favor por el incumplimiento de la obligación derivada de un documento que autorizaba la inscripción de unas acciones dentro del capital social de la empresa demandada.

Extractos: “En el presente caso, el demandante solicita con su demanda ejecutiva que se ordene a los demandados a inscribir el equivalente al 20% del total de las acciones en que esté representado el capital social de la misma, acorde como está pactado en el documento de 24 de septiembre de 2009, y que a su vez, como consecuencia de tal incumplimiento, se ordene el pago a título de indemnización, la suma de \$200.000.000.

En su defecto, solicita que se libere orden de pago por la suma de \$2.500.000.000 por perjuicios compensatorios más intereses a partir del 31 de marzo de 2010 hasta que ocurra el cumplimiento.

Para soportar su pretensión, trajo inicialmente, como título el documento representativo de las 50.000 acciones de ENSACAR S.A por el valor de \$25.000 cada una, debidamente endosadas al demandante con su correspondiente carta de instrucciones y el otrosí al documento de transferencia de acciones de fecha 24 de septiembre de 2009. Sin embargo, el despacho, antes de dictar mandamiento ejecutivo, solicitó a la parte demandante que trajera otro documento antecedente al título aportado con la demanda, consistente en el documento transferencia de acciones de Ensacar S.A. a título de dación en pago de Rodrigo Plata Cepeda a favor de D & PE S.A.

A raíz de esa orden, el demandante aporta a la actuación el documento solicitado de fecha 28 de noviembre de 2006 y el documento de fecha 11 de

septiembre de 2009, que se integran con los traídos con la demanda para conformar así una unidad jurídica.

Del anterior conjunto documental, el operador de primera instancia encuentra cumplida la característica de claridad pedida por el ordenamiento jurídico para la constitución de un título ejecutivo, y para ello expresa que el documento de 2009 al adicionar un parágrafo al documento de 11 de septiembre de 2008, dejó sin efecto las cláusulas 4,5 y 6 de éste.

Veamos esta primera deficiencia puesta de presente por el juzgado de primera instancia:

Haciendo un recorrido del acuerdo se pone de presente la siguiente situación:

A.- En acuerdo de 28 de noviembre de 2006 las partes trabadas en el presente proceso, en la cláusula tercera, pactan la transferencia de la propiedad del 50% de las acciones suscritas y pagadas que conforman el capital social de ENSACAR S.A. de los cuales son “titulares y tenedores legítimos” los socios negociadores, que para efecto del documento se llaman socios.

B.- Luego, mediante nuevo documento, que las partes suscribieron el día 11 de septiembre de 2008, en la ciudad de Bogotá, en la cláusula tercera, disponen dar por terminado “por mutuo consentimiento y a su entera satisfacción el acuerdo de fecha 26 de noviembre de 2006 suscrito en la ciudad de Bogotá “y” regular todas sus relaciones jurídicas pasadas, presentes y futuras única y exclusivamente por lo que se dispone en el presente documento”.

De manera que en este documento, se establece en la cláusula cuarta que Ensacar S.A “transfiere a título de dación en pago a favor de D & PE S.A 20.000 acciones en ENSACAR S.A de un valor nominal de \$25.000 cada una, equivalente al 20% del capital suscrito y pagado de ENSACAR S.A.”.

En la cláusula quinta se fija el valor de la transferencia y en la sexta se define la forma de cumplir el pago de aquella obligación, por lo que se expresa: “*Que para legalizar el traspaso de las acciones mediante el presente documento, RODRIGO PLATA CEPEDA transfiere a título de dación en pago a favor de D & PE S.A. tales acciones y se obliga en su calidad de representante legal de ENSACAR S.A y como su accionista principal: a) a convocar a la Asamblea general de Accionistas de ENSACAR S.A para que se apruebe la renuncia expresa de los accionistas al derecho de preferencia en la transferencia de acciones para efecto de esta transferencia a título de dación en pago; b) a entregar el título representativo de las acciones objeto de esta dación en pago a nombre de D & PE S.A. expedido por ENSACAR S.A., junto con la certificación del representante legal donde se haga constar los datos de la inscripción y registro del título en el libro de accionistas. **PARAGRAFO** Se establece un plazo de dos meses a partir de la fecha de este documento, para dar ejecución a lo dispuesto en la presente cláusula”.*

C.- Finalmente, con fecha 24 de septiembre de 2009 se suscribió entre las partes un otrosí al documento transferencia de acciones de Ensacar S.A a título de dación en pago, con el único objetivo de “**modificar la cláusula sexta** del documento de transferencia de acciones de fecha 11 de septiembre de 2008” (negrilla fuera del texto original), que como se dejó establecido, definía el procedimiento a seguir para el pago de la obligación sustancial establecida en la cláusula quinta de aquel documento, siendo pues remplazada por el siguiente párrafo:

“PARÁGRAFO: Las partes dejan expresa constancia que ante la imposibilidad de dar cumplimiento y perfeccionar el procedimiento de pago con la opción contenida en las cláusulas 4ª, 5ª y 6ª de este documento, esta queda sin efecto y en su remplazo se estipula expresamente la opción de que si en la fecha Enero 31 de 2.010 no se cancelaran las obligaciones existentes el deudor adquiere el compromiso de transferir el equivalente al 20% del valor de la sociedad ENSACAR S.A. Por lo tanto esta opción queda sometida a la condición del no pago de la obligación y se hará efectiva formalmente mediante los mecanismos estatutarios de la sociedad ENSACAR S.A con lo cual se dará satisfacción integral a todas las obligaciones que a fecha enero 31 se encuentren vigente a favor del acreedor y a cargo del deudor”

Como puede verse, no es admisible la interpretación del Funcionario de Primera Instancia en el sentido de que la obligación que se reclama, cual es la de transferir las acciones a título de dación en pago, carece de claridad, por cuanto el documento de 2009 expresamente hace referencia a la modificación de la cláusula 6ª del documento de 2008, es decir, a la forma cómo debía satisfacerse aquella obligación, que en lo sustantivo se completa en las cláusulas 4ª y 5ª. En consecuencia, es armonioso el contenido de ambas cláusulas: la sexta del documento de 2008 y el párrafo del documento de 2009, por cuanto no podría interpretarse haciendo abstracción del primer inciso, en el que se deja claro que lo modificado era la cláusula sexta.

Las técnicas de interpretación de los contratos, aplicables en el presente caso, establecen que *“Cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que por lo mismo se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen la facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminantes, ni muchísimo menos, para quitarles o reducirles sus efectos legales”*¹.

En el caso concreto, siguiendo la historia fidedigna de la relación comercial realizada entre las partes, mediante el estudio de cada paso en la formación y modificación del negocio que sirve de título ejecutivo, se pone de presente que no existe duda ni oscuridad en los documentos y que entre ellos, se comprometieron a una dación en pago, como título de transferencia de una

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de junio 5 de 1983.

acciones, y que además, en ejecución de ello, existe un principio de cumplimiento de tal obligación como lo es la certificación del gerente de ENSACAR S.A y el documento representativo de la acciones debidamente endosadas al demandante, muy a pesar que las partes luego lo dejaron sin efecto para facilitar el cumplimiento de lo pactado mediante el otorgamiento de nuevas opciones de cumplimiento establecidas en documentos posterior. Pero ello, no quiere decir que tales documentos no tengan ninguna relevancia probatoria, como lo quiere expresar el Operador de Primera Instancia.

La modificación tiene todo un sentido jurídico y armónico, con el efecto de transferencia de las acciones y la forma de elaboración de la pretensión: como a enero 31 no cumplió con la obligación original de la transferencia de las 50.000 acciones, surge el derecho del demandante de exigir el pago de la misma pidiendo la transferencia del 20% del valor de la sociedad ENSACAR S.A.- Y es armónico con la relación obligacional, porque la obligación original era la transferencia de acciones en el numero de 50.000, cuyo contenido societario era el remplazo del socio propietario de ellas en la sociedad y así poder hacer uso de los derechos políticos que de ella se desprendían, pero, como ella no se cumplió en el plazo pactado, 31 de enero de 2010, la obligación cambió por la transferencia del derecho de propiedad sobre el 20% de la sociedad misma, es decir, del patrimonio social de la sociedad.-Y dado ello, la pretensión se ajustó a los términos del documento de 2009 y no al de 2006 ni al de 2008 como lo exige el Juez de Instancia.

Así lo explica la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema:

“De ahí que por regla general, el enajenante de las acciones no está obligado a garantizar al comprador las eventuales afectaciones que sufra el patrimonio de la sociedad emisora-tales como la existencia de pasivos ocultos o la integridad de sus activos-, porque su responsabilidad solo comprende el saneamiento por evicción y de los vicios ocultos de la “cosa” que enajenó, esto es los títulos de participación y nada más, salvo pacto expreso en contrario, claro está.

*.....Desde luego que los anteriores principios pueden ser modificados por la voluntad de las partes y, por ello, no son obstáculo para que éstas se comprometan a negociar no solo un numero plural de título sino, un paquete integral de acciones que otorgue al adquirente el dominio y control de la empresa , y la sustitución de su posición en la sociedad con todos los derechos que ello implica, tales como los créditos; las inversiones permanentes; el capital circulante; las participaciones; el capital social; las reservas legales estatutarias y facultativas; los débitos, los compromisos; y, en general, todos los elementos que constituyen el patrimonio tanto activo como pasivo”.*²

Pero, como en el documento se establecía en favor del deudor la posibilidad de que pudiese cancelar su obligación pagando en su reemplazo la suma de \$2.500.000.000, el actor correctamente pide en subsidio esta eventualidad, a efecto que el deudor pueda escoger la opción que a bien considere.

Luego, no encuentra la Sala la oscuridad de la obligación, ni desde el punto de vista negocial ni desde el punto de vista procesal, que el funcionario de

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de Diciembre 16 de 2013 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

primera instancia declara en el caso de estudio.- Siendo así, se declararan no probadas las excepciones declaradas en sentencia, dado que de los documentos (convenios o pactos) traídos como título, se desprende una obligación clara, expresa y exigible, imponiéndose en consecuencia, el estudio del resto de excepciones interpuestas por la parte demandada.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Honorable Magistrado Dr. Alfredo Castilla Torres. A continuación los argumentos de su disenso:

“2º) En el auto de 12 de marzo de 2012, *{véase nota3}* se libra mandamiento de pago por obligación de hacer a cargo de ambos demandados la sociedad Ensacar S.A. (como persona jurídica) y el señor Rodrigo Plata Cepeda (como persona natural) para que estos inscriban en el “libro de Registro de Acciones”, la transferencia del 20% de las acciones del segundo “...de conformidad a lo pactado en el documento privado de fecha 24 de septiembre de 2009” (sic), no se ordena a éste último el efectuar esa enajenación o cesión de derechos de las acciones sociales de las cuales es propietario.

Situación en la cual la conducta a realizar (esa inscripción en el libro de registro de acciones de esa sociedad correspondería exclusivamente a cargo de la persona jurídica, para que ésta, a través de su representante legal, proceda a efectuar esa inscripción en ese libro, no había legitimación en causa frente a la persona natural para ordenarle la realización de una conducta que no le corresponde y por la cual en concepto de perjuicios moratorios se le está igualmente condenando al pago de \$ 200.000.00 por no haber realizado esa inscripción.

3º) Suponiendo que el título ejecutivo está constituido por los dos últimos documentos suscritos entre las partes, el de 11 de septiembre de 2008, llamado “transferencia de acciones en Ensacar S.A. a título de dación en pago de Rodrigo Plata Cepeda a favor de D&P S.A. por la suma de \$ 1.239.560.736.00” y su “Otrosí” de 24 de septiembre de 2009 *{véase nota4}*, se puede llegar a la conclusión de que no hay una cesión de acciones legalmente celebrada que se pueda ordenar inscribir.

La cesión de acciones del señor Rodrigo Plata Cepeda a favor de D&P S.A. quedó **aparentemente** efectuada en el tenor de la cláusula 4ª, evaluada en la 5ª *{véase nota5}* de ese referido documento de dación en pago de 11 de septiembre de 2008 y empero, su efectividad estaba expresamente condicionada al cumplimiento del procedimiento señalado en la estipulación 6ª.

Tal condición era la realización de una junta de accionistas para que los demás socios renunciaran a su derecho de preferencia en la adquisición de esas acciones, para luego efectuar la expedición del título correspondiente y su posterior inscripción en el libro de registro de acciones, para el cumplimiento de ese condicionamiento se dieron dos meses.

En el Otrosí de ese documento de cesión, fechado el 24 de septiembre de 2009, sus suscribientes parten del reconocimiento de la “imposibilidad de cumplir con la opción señalada en las cláusulas 4ª, 5ª y 6ª” del documento inicial de 11 de septiembre de 2008; sin embargo, el “parágrafo” allí generado para complementar la referida cláusula 6ª, no solo termina desvirtuando el acuerdo inicial, sino que a pesar de su redacción sigue reconociendo que esa cesión de acciones necesita cumplir un determinado condicionamiento para poder producir sus efectos.

Que dice ese parágrafo (separando su texto en sus ideas principales):

*Las partes dejan expresamente constancia que ante la imposibilidad de dar cumplimiento y perfeccionar el procedimiento de pago en la opción contenida en las cláusulas 4ª, 5ª, y 6ª de este documento, **esta queda sin efecto y en su reemplazo se estipula la opción de que si en fecha enero 31 de 2010 no se cancelan las obligaciones existentes el deudor adquiere el compromiso de transferir el equivalente al 20% del valor de la sociedad Ensacar S.A. por lo tanto esta opción queda sometida a la condición del no pago de la obligación y se***

³ Folios 115-116 del cuaderno principal de primera instancia (el cual está refochado)

⁴ folios 28-29, 10 del primer cuaderno de primera instancia, el cual está refochado.

⁵ dación en pago de 20.000 acciones evaluadas en \$ 25.000.00 cada una equivalentes al 20% del capital suscrito y pagado por la suma de \$ 500.000.000.00

hara efectiva formalmente mediante los mecanismos estatutarios de la sociedad Ensacar S.A. con lo cual se dará satisfacción integral a todas las obligaciones a fecha enero 21 de 2010 se encuentren vigentes a favor del acreedor y a cargo del deudor.

De donde la expresión: “si en fecha enero 31 de 2010 no se cancelan las obligaciones existentes **el deudor adquiere el compromiso de transferir** el equivalente al 20% del valor de la sociedad Ensacar S.A.” implica el pacto, hacia el futuro, de la realización de una nueva conducta de hacer, la cual debía realizarse posteriormente al 31 de enero de 2010, si a esa fecha no se habían cancelado las obligaciones respectivas.

Si, se supone que el señor Rodrigo Plata Cepeda ya había efectuado esa transferencia de acciones en el tenor de la cláusula 4ª del documento de 11 septiembre de 2008 como dación en pago a favor de D&P S.A., ¿para qué dicha persona asume el 24 de septiembre de 2009 compromiso futuro de volver a hacerlo, si no ha pagado unas obligaciones a la fecha 31 de enero de 2010?.

A menos que se entienda en su tenor literal la expresión inicial de ese párrafo “...ante la imposibilidad de dar cumplimiento y perfeccionar el procedimiento de pago en la opción contenida en las cláusulas 4ª, 5ª, y 6ª de este documento, **esta queda sin efecto**” en el sentido de que tal dación en pago contenida, evaluada y condicionada en esas tres cláusulas había quedado sin efectos.

Ahora bien si se interpreta, al contrario, que la dación en pago, realizada en cláusula 4ª de ese primer documento de 11 de septiembre de 2008, aún conservaba su firmeza entre el cedente y su cesionaria, la validez y eficacia de la frente a terceros misma seguiría supeditada al procedimiento descrito detalladamente en la referida cláusula 6ª de ese documento, puesto que el otrosí, en forma resumida pero literal expresa: “...y se hará efectiva formalmente mediante los mecanismos estatutarios de la sociedad Ensacar S.A.”

Y, de acuerdo los mecanismos estatutarios (escritura pública 454 de 22 de febrero de 2002) de Ensacar S.A. (art 18 numeral 2º) sus acciones no pueden ser libremente negociadas por su titular a terceros, porque están sometidas a un “doble” pacto de preferencia (párrafo de artículo 20).

Y, no habiéndose cumplido con ese mecanismo de ofrecimiento a la sociedad y al resto de los socios, - por lo menos no se acreditó tal hecho en este expediente- no puede considerarse válida cesión alguna, si pudiere pensarse que ya fue realizada y menos imponerse judicialmente su inscripción en el libro de registro de acciones, para que la sociedad aquí demandante quede como titular del 20% del capital social de la entidad demandada.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de Diciembre 16 de 2013 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez y Sentencia de julio 5 de 1983.

DEMANDANTE: Sociedad D & P S.A.

DEMANDADO: Sociedad Ensacar y otro

FECHA: Junio 20 de 2014

RADICACIÓN: 08001-31-03-008-2011-00019-01/**37.700**

DECISIÓN: Revoca Decisión De Primera Instancia.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA-Como causal eximente de responsabilidad en accidentes de tránsito/**MEDIOS PROBATORIOS**-La valoración en conjunto del acervo probatorio permitieron establecer la conducta imprudente de la víctima/**HUELLAS DE FRENADA**-Indican que el conductor realizó todas las maniobras posibles para esquivar el cuerpo de la víctima

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉRES SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia el recurso de alzada propuesto contra la sentencia de primer grado que había condenado a la demandada por los perjuicios

irrogados por la muerte del demandante. Empero, este Tribunal realiza un estudio en conjunto e individual de cada uno de los medios de prueba donde se pudo establecer la exposición al daño por parte de la víctima.

Extractos: “En este orden de ideas, será necesario a efectos de desatar la alzada propuesta – que justamente invoca como excepción la causa extraña en la modalidad de culpa exclusiva de la víctima – establecer probatoriamente si en efecto en el caso presente la muerte del señor Javier Enrique de Paz Díaz, tiene como causa única y por tanto, exclusiva, su conducta imprudente – afirmada y no discutida por las partes – de cruzar la vía 40 a la altura de la calle 73, en zona no habilitada para peatones, colocando en riesgo su vida, o, tal evento dañoso, es el resultado de la conducta reseñada del fallecido en concurrencia con la conducta imperita del conductor del tracto - camión vinculado a la empresa demandada.

Puestas así las cosas, la Sala advierte que el tema en debate gira en torno, en últimas, sobre aspectos de la causalidad jurídica; elemento de la responsabilidad siempre complejo, no pocas veces acreditable y siempre polémico, como que supone de fondo un juicio valorativo sobre las circunstancias fácticas demostradas en el plenario en punto de la ocurrencia de los hechos.

Pues bien, en primer lugar, en el campo probatorio la Sala destaca que en el caso sub examine las cuestiones planteadas por la parte recurrente frente a la sentencia atacada se deben enfocar desde la óptica de puntualizar y acreditar si en efecto la parte demandada logró desvirtuar la presunción de culpa que frente a la ocurrencia del daño – muerte de la víctima – gravita en su contra; o, se puede pregonar – como se hace por el a-quo – que el daño obedece a la concurrencia de culpas de la víctima y del conductor del tracto – camión vinculado a la empresa demandada.

En otros términos: aquí es menester estudiar la ocurrencia o no de la causa extraña, en la modalidad, del hecho exclusivo de la víctima, o, la verificación de la llamada concurrencias de culpas que determina la reducción de la indemnización, a tono con el artículo 2357 Código Civil.

Para la anunciada labor se pondera en primer lugar las diligencias adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Delitos Contra la Vida, relacionadas con la investigación penal en la que figura como fallecido el señor Javier de Paz Díaz, y como indiciado el conductor de la tractomula señor, Alexander Montenegro Joleanes, que fueron ordenadas como prueba mediante auto de septiembre 13 de 2.011, (cuaderno que contiene el proceso penal), las cuales demuestran en primer término que, el causante Javier Enrique de Paz Díaz, cruzó la vía 40 a la altura de la calle 73, es decir, imprudentemente, pretendía atravesar esa vía, en un lugar no apto para el tránsito de peatones, vale decir, en zona distinta a la peatonal, y que en desarrollo de esa conducta fue atropellado por el tracto-camión de placas TBB – 378, afiliado a la empresa Transportes Quiroga, hecho ocurrido el 12 de enero de 2.010, aproximadamente a las 10:40 horas.

Delanteramente, cabe una conclusión irrefragable: la víctima, imprudentemente, ejerció una conducta indebida frente a las normas de tránsito contenidas en el Código Nacional de Tránsito Terrestre – ley 769 de 2002 -artículos 57 y 58, al pretender cruzar la vía 40 en una

zona no habilitada para el tránsito de peatones⁶, y por lo mismo, no cabe duda que tal conducta culposa del occiso significó poner en riesgo su vida al pretender pasar irregularmente la vía pública utilizada masivamente por vehículos pesados, como que se trata de un carretable de alto flujo vehicular en la ciudad de Barranquilla, según se infiere del acta de inspección a lugares – formato FPJ9 – y del material fotográfico adjunto a la diligencia de inspección de cadáver que obran en las diligencias penales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación (folios 34 a 64 cuaderno que contiene el proceso penal).

En suma, la Sala concluye que la víctima ciertamente ejerció una conducta imprudente y violatoria de las normas de tránsito terrestre, al pretender cruzar la vía 40 a la altura de la calle 73 de la ciudad de Barranquilla, sin que tal lugar fuera apropiado para el tránsito de peatones, como se demuestra, con el informe policial de accidente de tránsito N° 0692730, el bosquejo topográfico levantado por la autoridad de tránsito, (aportados con la demanda como anexos), el acta de inspección a lugares, el informe del investigador de laboratorio, que obran en la investigación penal que cursa en la Fiscalía, y además, con la declaración del señor Víctor Antonio Cantillo de la Hoz, quien sobre el punto concreto, expresa: “...Preguntado: manifiéstele al despacho si lo recuerda si en la vía 40 con calle 73 donde usted dice que ocurrieron los hechos existen zonas demarcadas para la circulación peatonal. Contestó: no hay...” (Folios 117 y 118 cuaderno principal).

Establecida probatoriamente la culpa de la víctima, resta averiguar si tal conducta configura la causa o hecho exclusivo que produce el daño, es decir, la muerte del señor Javier Enrique de Paz Díaz, o, si tal resultado dañoso ocurre por el concurso o concurrencia de conducta culposa imputable al conductor del automotor afiliado a la empresa demandada sumada a la propia conducta del difunto.

Para estos fines la Sala pondera las diligencias adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, a través de la policía judicial (cuaderno que contiene la investigación penal), en particular, el informe del investigador de campo (folios 73 a 76 proceso penal), quien señala entre otras cosas que: “... al realizar un análisis de la forma en que quedo el cuerpo de la víctima, la huella de frenado, el cabezote del tracto – camión ladeado o tirado hacia la izquierda se nota que el conductor del vehículo intento por todos los medios posibles evitar atropellar al señor Javier Enrique de Paz Díaz...” (Folio 76 investigación penal);

⁶ **ARTÍCULO 57. CIRCULACIÓN PEATONAL.** El tránsito de peatones por las vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos. Cuando un peatón requiera cruzar una vía vehicular, lo hará respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo.

ARTÍCULO 58. PROHIBICIONES A LOS PEATONES. Los peatones no podrán:

Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos, ni transitar en ésta en patines, monopatines, patinetas o similares. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-449 de 2003**

Llevar, sin las debidas precauciones, elementos que puedan obstaculizar o afectar el tránsito.

Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guardavías del ferrocarril.

Colocarse delante o detrás de un vehículo que tenga el motor encendido.

Remolcarse de vehículos en movimiento.

Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física.

Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales.

Ocupar la zona de seguridad y protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia no menor de doce (12) metros a lado y lado del eje de la vía férrea.

Subirse o bajarse de los vehículos, estando éstos en movimiento, cualquiera que sea la operación o maniobra que estén realizando.

Transitar por los túneles, puentes y viaductos de las vías férreas.

PARÁGRAFO 1o. Además de las prohibiciones generales a los peatones, en relación con el STTMP, éstos no deben ocupar la zona de seguridad y corredores de tránsito de los vehículos del STTMP, fuera de los lugares expresamente autorizados y habilitados para ello.

PARÁGRAFO 2o. Los peatones que queden incurso en las anteriores prohibiciones se harán acreedores a una multa de un salario mínimo legal diario vigente, sin perjuicio de las demás acciones de carácter civil, penal y de policía que se deriven de su responsabilidad y conducta.

Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles.

conclusiones que merecen crédito y por lo mismo generan credibilidad, si en cuenta se tiene que, aquéllas se soportan en pruebas incorporadas al proceso, en especial, el informe policial de accidente de tránsito N° 0692730, el bosquejo topográfico, acompañadas con la demanda (folios 20 a 22 cuaderno principal), el informe fotográfico que hace parte del informe investigador de laboratorio (FPJ13), (Folios 49 a 64 diligencias penales), las que revelan con claridad que el conductor del tracto – camión transitaba a velocidad permitida para ese lugar (aproximadamente 40 km por hora), que admite la máxima de 60 km por hora, que por la huella de frenado, la posición final del cabezote de la tracto mula, indican que el señor conductor hizo todo lo posible para evitar atropellar a la víctima, de Paz Díaz.

La misma investigación de los expertos de la Fiscalía, coloca de presente que la versión rendida por el conductor del tracto – camión es coherente y concordante con el informe policial de accidente de tránsito y el bosquejo topográfico del mismo elaborados por el agente William Martínez Reyes (folios 20 a 22 cuaderno principal, folios 75 de la investigación penal), de tal suerte que, resulta sensato concluir que la causa generadora del daño reside exclusivamente en la conducta culposa de la propia víctima.

Nótese que en este caso la presunción de culpa que gravita sobre la demandada – guarda de la actividad peligrosa – se ha desvirtuado probatoriamente, pues, ciertamente, los medios de convicción contemplados demuestran con absoluta claridad que la muerte del señor Javier Enrique de Paz Díaz, obedeció – tiene como causa – exclusivamente a la propia conducta imprudente del fallecido, pues, las probanzas acreditan que el conductor del tracto camión conducía su vehículo cumpliendo las reglas propias del tránsito automotor, que además, hizo todas las maniobras posibles para evitar chocar con el peatón fallecido, según revelan, se repite, las probanzas que militan en la investigación penal de la Fiscalía que concuerdan con las documentales incorporadas al plenario, entre otras, las anexas a la demanda, y el llamado informe técnico de reconstrucción de accidente de tránsito N° 100902645 (folios 72 a 100 cuaderno principal), aportado por la demandada, y apreciado probatoriamente por el juez de primer grado.

En armonía con lo expresado no son de recibo las consideraciones contenidas en la sentencia atacada que apuntan a establecer concurrencia de culpas entre la conducta de la víctima y la del conductor del tracto- camión, pues, las probanzas atrás valoradas colocan de presente que no se puede – probatoriamente hablando – imputar impericia o negligencia o violación de reglamentos al conductor del automotor, y, menos aún, resulta admisible a la luz de la causalidad exigir al conductor ver la víctima “... desde que inició el cruce de la calzada, a fin de adoptar las precauciones de rigor, como disminuir la velocidad, para que en caso de cualquier imprudencia del peatón, sortearla con éxito; necesariamente debía avistar al peatón mucho antes del inicio del proceso de frenada, salvo que tuviera problemas de visión, y a una distancia superior a 9 mts, si se quiere que se le considere como buen conductor...”(Página 12 de la sentencia atacada), pues tal exigencia en verdad supera lo humanamente previsible y evitable.

Recuérdese que la huella de frenada que reporta el informe policial de accidente de tránsito N°0692730, el bosquejo topográfico del mismo accidente, el material fotográfico que milita en la investigación de la Fiscalía, son probanzas plenas que demuestran con claridad que el conductor del automotor hizo todas las maniobras posibles para evitar atropellar al peatón que había invadido indebidamente la calzada, de ahí que la posición final del cabezote de la tracto mula – véanse las pruebas referidas - sea hacia la izquierda, por la maniobra de evitar la colisión con la humanidad del señor Javier Enrique de Paz Díaz, y por lo mismo, se

explica que el impacto haya ocurrido con la defensa del lado derecho; todo lo cual hay que entenderlo bajo las reglas de la ciencia física que nos enseña que a estos fines de puntualizar la distancia que requiere un cuerpo en movimiento para su detenimiento total, es necesario considerar, entre otros factores, el peso y la velocidad del objeto en movimiento; circunstancias que el juzgador a-quo no considera ni valora, debiendo hacerlo, y por tanto incurre en el equivocado razonamiento de ver culpa o imprudencia o impericia en la conducción del tracto – camión.

Sobre el mismo punto, se concluye por la Sala de manera contundente que, la huella de frenada de 2.80 y 2.50 metros que reporta el bosquejo topográfico del accidente y el informe policial del mismo (folios 20 a 22 cuaderno principal), es elemento de juicio que razonablemente sirve para establecer que el automotor no transitaba por fuera de los límites de velocidad permitidos en esa zona – 60 km por hora, según la investigación de campo de la Fiscalía – que además, las mismas probanzas indican por la posición final del cabezote, el lugar del impacto con el peatón, la posición del cadáver, que el conductor se comportó como le era exigible, vale decir, ejecutó las maniobras necesarias y adecuadas para evitar atropellar al peatón infractor; sin que sea sensato exigir al conductor anticipar o prever los movimientos del peatón, pues tal exigencia resulta imposible.

En redondo, se repite, la conducción del automotor se hizo en armonía con las reglas del tránsito vehicular, que el conductor del tracto – camión hizo las maniobras necesarias para evitar el choque con el peatón, de tal suerte que probatoriamente no es viable imputar imprudencia o impericia al conductor del automotor, razón por la cual se debe llegar a la conclusión sensata y soportada en pruebas de que la causa de la muerte del señor Javier Enrique de Paz Díaz, tiene como causa exclusiva su propia conducta imprudente de atravesar la calzada de la vía 40 en lugar no autorizado para el tránsito de peatones; de ahí que se concluya también que en el presente asunto la presunción de culpa fue desvirtuada cabalmente al demostrarse la ocurrencia de una causa extraña.”

FUENTE NORMATIVA: Código Nacional de Tránsito Terrestre – ley 769 de 2002 -artículos 57 y 58

DEMANDANTE: Magaly Amador Díaz, quien actúa en nombre propio, y en representación de sus menores hijos Jason Enrique, Kelly Johanna y Stephanie de Paz Amador

DEMANDADO: Transquiroga LTDA

FECHA: Junio 27 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2011-00066-01/**37.352**

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia.

SOLIDARIDAD CONTRACTUAL-Caso de los contratos de prestación de servicios en el sector salud/ **DOCTRINA JURÍDICA MODERNA**- Todos los sujetos que participan en la relación negocial y la satisfacción de una prestación, son responsables de los posibles incumplimientos y daños en que se puedan incurrir en razón ella, aunque no exista una relación directa entre ellos/Crisis de la teoría del relativismo contractual/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**- Posición Sala Civil Familia Tribunal Superior en procesos anteriores

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte ejecutante, dentro de la contratación del sector salud, pretende que se libere el mandamiento de pago en contra de una tercera persona que no hizo parte en la relación negocial inicial, pero resulta vinculada a ésta en razón de la subcontratación que con ella se hiciera.

Extractos: “Sea lo primero expresar que los contratos, acorde con lo estatuido en el artículo 1494 del C.C. constituyen fuente de obligaciones y de presentarse el incumplimiento de las mismas, corresponde al contratante cumplido acudir a la administración de justicia mediante las acciones, ejecutivas, en busca del cumplimiento; o la resolutoria o de terminación, para deshacer la atadura obligacional nacida del negocio jurídico.

Pero si además, el demandante aporta con su demanda, el contrato y las cuentas de cobro de los servicios prestados, se complementan las exigencias de título ejecutivo contractual, en el sentido de probar, amén del vínculo negocial, el cumplimiento prestacional del demandante. Igualmente, los demandantes acumulados aportaron las facturas de prestación de servicio de salud. Por lo anterior, al igual que el operador de primera instancia, se concluye por la Sala, la existencia de un título ejecutivo, que hace viable la vía en estudio.

Pero, el demandado, alega como excepción, que no estando él vinculado directamente con los demandantes en los contratos y respecto de la prestación que se le cobra, no existe solidaridad respecto de él en cuanto el pago del servicio prestado por las demandantes, quienes tienen que dirigir la acción contra su directa contratista y no contra el FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES.

Tal aspecto, es factible dilucidarlo desde dos órbitas: A.- Desde la teoría general del contrato y el negocio jurídico y B.- Desde el estricto criterio legal de la solidaridad en el pago de las obligaciones nacidas por la prestación de servicios integrales de salud, y precedentes de la Sala al respecto.

La vida moderna, especialmente la globalización e internacionalización de las economías, a efecto de garantizar la prestación integral de las prestaciones pactadas, desde la doctrina y la jurisprudencia, se ha considerado que todos los sujetos que participan en la relación negocial y la satisfacción de una prestación, son responsables de los posibles incumplimientos y daños en que se puedan incurrir en razón ella, aunque no exista una relación directa entre ellos.

Ha dicho la jurisprudencia que en lo que respecta al objeto social pactado en un negocio, si uno de los contratantes desplaza el cumplimiento o la ejecución de dicho objeto a un tercero, aquel contratante inicial es igualmente responsable por el cumplimiento de las obligaciones, y una de las formas más frecuente de garantizar el cumplimiento, la constituye el pago como contraprestación del servicio pactado.

Ahora, mucho más corresponde la aplicación del precitado precedente, en el caso bajo estudio, debido a que, el FONDO PASIVO, de manera expresa, autoriza que se pueda subcontratar el mismo objeto pactado, cuando la necesidad de la prestación de salud integral lo requiera, y la contratista no cuente con los servicios requeridos.

Luego, desde la teoría general de los negocios, no es posible pensar que el FONDO PASIVO no responda por el pago de la prestación de salud adeudada y prestada efectivamente a sus pensionados y beneficiarios, incluso, es responsable solidariamente por los posible daños sufridos por los usuarios atendidos por sus contratistas y subcontratistas.

Ahora, desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones, se tiene que la obligación solidaria es aquella que respecto de una misma prestación, tratándose de pasiva, todos los deudores responderán por el todo de aquella; y tratándose de la activa, todos y cada uno de los acreedores pueden cobrar la integridad de la prestación.

La solidaridad puede provenir del contrato o de la misma ley. En el caso presente, lo pactado por el FONDO DE PASIVO es la prestación integral de salud de los pensionados y beneficiarios, autorizando que la contratista subcontratara los servicios, que con el fin de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato se requirieran; y lo que quíerese o no admitir, lo vinculaba con la prestación de los subcontratistas. Sin embargo, el carácter de solidario del FONDO claramente se deduce de la ley, específicamente del Decreto 050 de 2003, respecto del cual, la Sala Civil de este Tribunal y de la cual forma parte el ponente de este caso, expuso:

“A partir de los fundamentos conforme a los cuales la parte demandada – HUMANAVIVIR- interpuso el recurso de apelación y en concordancia con las excepciones propuestas en primera instancia, se puede colegir que el ítem de inconformidad nuclear de la parte demandada se encuentra centrado en la inexistencia de la obligación de ésta frente a la parte demandante, bajo el supuesto que entre ésta y aquella no existía vínculo jurídico alguno, toda vez que el contrato de prestación de servicios referido, fue celebrado entre aquella y SERMEFAM, y que si bien es cierto que en dicho contrato se menciona a HUMANAVIVIR, no puede desprenderse de esto que la misma se convierta en obligada solidaria de la demandada. Señala que para que se le impute una solidaridad en la obligación a HUMANAVIVIR esta debió haber aceptado taxativamente la responsabilidad del pasivo de SERMEFAM, supuesto que no se evidencia en el caso estudiado. Razón por la cual, le corresponderá a esta Sala abordar el estudio sustancial acerca de la figura de responsabilidad solidaria frente en el negocio jurídico referenciado.

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

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

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

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

Para el caso bajo estudio, debemos señalar que el Decreto 050 de 2003 -cuyas disposiciones se aplican a cualquier persona natural o jurídica responsable de la generación, presupuestación, recaudo, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -, en el marco de la disposición establecida en el artículo 41 de ésta, establece que:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la autorización de la subcontratación requerida para la configuración de la responsabilidad solidaria, es necesario señalar que en el marco de la ejecución del contrato de prestación de servicios médicos celebrado entre la Cuidados Médicos IPS Ltda. y SRMEFAM –configurativo de la subcontratación-, la EPS HUMANA VIVIR tuvo conocimiento acerca de la celebración y ejecución del contrato referido, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a éste, lo que conduce a determinar la autorización implícita de subcontratación por parte de la EPS.

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

Conforme a estos preceptos fácticos se puede colegir la existencia de la responsabilidad solidaria legal en la obligación, como se puede deducir de las pruebas que obran en el expediente, dado que SERMEFAM estaba autorizada por HUMANA VIVIR para realizar subcontratos, como en el caso de CUIDADOS MÉDICOS LTDA., en donde concedió su autorización teniendo pleno conocimiento de esta subcontratación, lo que la convierte en una obligada solidaria por el incumplimiento de los pagos del servicio prestados por Cuidados Médicos.”⁷

Conclusión de lo expresado, sumando a estas consideraciones, el extenso análisis hermenéutico efectuado en la Sentencia de Primera Instancia sobre este tópico, es que se impone confirmar la negativa del Despacho de Primera Instancia, donde se declara no próspera la excepción de inexistencia de solidaridad.

Pues bien, ya se dejó expresado que las obligaciones solidarias se caracterizan por que, en tratándose de solidaridad pasiva, el demandante acreedor, puede orientar la demanda en contra de uno, algunos o todos los deudores, para el pago de la integridad de la prestación incumplida.

Luego, definida la existencia de solidaridad entre los contratistas y el Fondo, respecto del pago de la contraprestación dineraria por los servicios prestados a los pensionados y beneficiarios afiliados al mismo, el hecho de que se demandara a sólo uno de los responsables solidarios, en nada afecta el adecuado reclamo de pago, porque, bien puede el acreedor asumir esa conducta, por así permitírsele la propia ley sustancial, como la procesal. En consecuencia, no existe necesidad de integrar, como si se tratara de litisconsorte necesario, el contradictorio con todos los contratistas.

Si ello es así, ha de concluirse que la excepción de falta de legitimidad por pasiva alegada por el demandado carece de sustento jurídico, por lo que igualmente se confirmará su negativa.”

⁷Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Sala sexta de Decisión. Sentencia de febrero 25 de 2013 Ref. 36.942. M.P: Sonia Rodríguez Noriega

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del H. Magistrado Dr. Alfredo Castilla Torres. A continuación los argumentos de su disenso:

“En el caso presente, los ejecutantes pretenden el recaudo ejecutivo, en acumulación de pretensiones, de una serie de cuentas o facturas de cobro, que en su tenor literal no señalan como deudor Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales y no tienen constancia de que hubieran sido entregadas al mismo, para que una vez surtido el plazo legal correspondiente tener como “completos” esos títulos ejecutivos ante el silencio omisivo no de presentar reclamos o glosas contra el contenido de los cobros relacionados en esas facturas.

Los demandantes (principal y acumulados) indican y confiesan en sus demandas que sus facturaciones fueron expedidas a cargo de Servir Atlántico S.A, como cabeza de la Unión Temporal Mediservir y que fue esta entidad quien dejó vencer los términos correspondientes sin glosarlos.

Por ello, no puede plantearse como se hace en las consideraciones de la posición mayoritaria de que la ejecutabilidad de esos documentos es evidente ante la falta de glosas efectuadas por el Fondo, cuando frente a esta entidad no se cumplieron por parte de las ejecutantes los pasos y presupuestos señalados en los artículos 21 a 23 del decreto 4747 de 2007, que actualmente regula las relaciones existente entre las diferentes entidades del sistema de salud, donde el primero señala:

“Soportes de las facturas de prestación de servicios. Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social.” En desarrollo de esa norma se expidió por ese mismo Ministerio la resolución número 003047 de 2008 (14 de agosto) ^{véase nota8}

Y donde el inciso final del artículo 23 de dicho decreto indica que esos documentos de recaudo ante el desacuerdo de las partes sobre las glosas efectuadas por el pretendido deudor pierden su exigibilidad debiendo efectuarse un trámite previo ante la Superintendencia Nacional de Salud.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.”

Los artículos 41 y 44 del decreto 050 de 2003, no autorizan el desconocimiento de las normas se han expedido desde el inicio de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, para establecer los requisitos de la facturación y su consiguiente exigibilidad.

Desconocido por los alegados acreedores el derecho sustancial que tiene el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales para controvertir (glosar) las cuentas de cobro que se pretende que él cancele, no podía nacer la opción del trámite especial de un proceso

⁸ Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007

ejecutivo en su contra y ante la falta de ese título ejecutivo la “solidaridad” aquí planteada debía abordarse al interior de un proceso declarativo.”

FUENTE NORMATIVA: Decreto 050 de 2003: artículos 41 y 45, artículo 1494 del C.C., Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Sala sexta de Decisión. Sentencia de febrero 25 de 2013. Rad: 36.942. M.P.: Sonia Rodríguez Noriega.

DEMANDANTE: Clínica Reina Catalina Y Cía. Ltda. Y Otros

DEMANDADO: Fondo Pasivo Social De Ferrocarriles Nacionales

FECHA: Mayo 23 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2011-00095-02/**37.526**

DECISIÓN: Confirma Sentencia Apelada.

2. SALA LABORAL

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN-Requisitos y exigencias bajo la Ley 860 de 2003/**MORA PATRONAL EN MATERIA DE COTIZACIONES**- No puede atribuirse en perjuicio del trabajador que ha cumplido con su deber de cotizar por el servicio prestado
RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES-Deber de realizar las gestiones y acciones de cobro en los términos de la ley

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el derecho que le asiste al demandante de obtener la pensión de invalidez de origen común por reunir el número de semanas requeridas en la ley al demostrarse que la demandada no tuvo en cuenta los períodos en que el actor causó la cotización por su vinculación laboral en la empresa XXXX frente a la cual no ejerció acciones tendientes al cobro de cotizaciones en pensión dejadas de cancelar.

Extractos: “Descendiendo al caso que nos ocupa, donde no existe controversia respecto a la normatividad aplicable⁹, a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral¹⁰ y que el demandante cumplió con el requisito de porcentaje de pérdida de la capacidad laboral exigido para el otorgamiento de la respectiva pensión¹¹, resulta pertinente acotar que para tener derecho a la pensión de invalidez de origen común, el actor debe acreditar que para el 26 de mayo de 2.009, había efectuado aportes de por lo menos 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, ó de 25 semanas en los últimos tres años anteriores a la calenda de tal estructuración cuando ha cotizado el 75% de las semanas mínimas requeridas para la pensión de vejez, teniendo en cuenta que el requisito de fidelidad no resulta actualmente exigible por cuanto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2.009¹².

Ahora bien, aducen la demandada y la llamada en garantía que para el fondo de pensiones la vinculación laboral del actor con la empresa Janna Motor´s era desconocida, y que por

⁹ Artículo 69 de la Ley 100 de 1.993 en concordancia con el artículo 38 de dicha Ley y el Artículo 1º de la Ley 860 de 2.003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1.993, C-428/09.

¹⁰ 26 de mayo de 2.009.

¹¹ P.C.L.- 51.50%.

¹² M.P. Mauricio González Cuervo.

tal motivo, la demandada quedó eximida de la obligación de efectuar acciones de cobro en contra de dicha empresa en procura de obtener el pago de las cotizaciones causadas.

Frente a lo anterior, advierte la Sala que la mora patronal en materia de cotizaciones no puede atribuirse en perjuicio del trabajador que ha cumplido con su deber de cotizar por el servicio prestado y la entidad de seguridad social no acredita que haya adelantado el proceso de gestión de cobro, como reiteradamente lo viene predicando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 22 de julio de 2008 Rad. N° 34270, M.P. Eduardo López Villegas.¹³

Del mero reporte de estado de cuenta del actor actualizado al 11 de diciembre de 2.012, el cual fue expedido y aportado por Colfondos S.A.¹⁴, refulge con nitidez que contrario a lo argüido por los apoderados judiciales de la demandada y la llamada en garantía, el Fondo de Pensiones Colfondos si tenía pleno conocimiento de la vinculación laboral del señor Raúl Hernández Insignares con la empresa Janna Motor´s S.A. toda vez que en el citado reporte se establece como empleador “Janna Motor´s S.A.” bajo dos vinculaciones continuas, la primera con fecha de inicio “2001/12/01” y fecha de término de contrato “2011/01/30” de estado inactivo, y la segunda con inicio del “2011/02/01” sin calenda de finalización de contrato y estado activo, lo cual se acompasa con el contrato de trabajo y el certificado laboral que obran a folios 34 a 37 del plenario que dan cuenta que desde el 20 de noviembre de 2.001 el demandante se encuentra vinculado con dicha empresa y que por lo menos hasta la fecha de expedición del reporte en mención la relación laboral permanece vigente.

Precisado lo anterior, procede el Despacho a determinar el número total de semanas cotizadas por el demandante, para lo cual tendrá en cuenta en primer lugar el reporte de semanas cotizadas del I.S.S.¹⁵ en el que se indica que se efectuaron cotizaciones en forma discontinua por un total de 437,86 semanas que corresponden a 433,57 semanas desde el 1º de junio de 1.988 hasta el 31 de julio de 1.998 más 4,29 semanas del ciclo de febrero de 1.999, momento en que ya el actor se encontraba afiliado y cotizando para el fondo de pensiones demandado.

En segundo lugar, el reporte del fondo privado de pensiones, indica que el actor ha cotizado en toda su vida laboral 821,43, semanas, que resultan de la sumatoria de las cotizadas en el I.S.S. y en Colfondos, cuyos ciclos contabilizados son los siguientes:

- 1).- Con el empleador: Asociación de Copropietarios Nit.- 802.004.159; octubre y noviembre de **1.998(60 días)**; y marzo a julio de **1.999 (150 días)**. **Subtotal.** 210 días = **30 semanas**.
- 2).- Con el empleador: Janna Motor´s S.A. Nit.- 802000849; diciembre de **2.001 (30días)**; y enero a noviembre de **2.002 (330 días)**; enero a febrero, abril a junio, septiembre, noviembre a diciembre de **2.003 (240 días)**; enero a febrero, mayo a junio, agosto a octubre de **2.004 (210 días)**; abril, junio a agosto de **2.005 (120 días)**; marzo de **2.006 (30 días)**; enero a abril de **2.008 (120 días)**; enero a febrero, abril a diciembre de **2.009 (330 días)**; enero a diciembre de **2.010 (360 días)**; enero a diciembre de **2.011(360 días)**; enero a noviembre de **2.012 (330 días)**. **Subtotal.** 2460 días = **351,4285 semanas**.

¹³ Donde se varió su jurisprudencia sobre los efectos de la mora patronal y estableció el criterio de que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

¹⁴ Ver folios 85 a 87.

¹⁵ Ver folios 27 a 33.

De lo anterior, es claro a prima facie, que el actor sólo cotizó 33,7142 semanas (236 días) dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez¹⁶, que corresponden al período comprendido entre el 26 de mayo de 2.006 al 26 de mayo de 2.009, por lo que en principio no tendría derecho a la pensión de invalidez al no haber cotizado tampoco el 75% de las semanas mínimas requeridas para la pensión de vejez en el año 2.009¹⁷ ($1.150 \times 75\% = \underline{862,5}$) ya que sólo reporta un total de 821,43 semanas.

Sin embargo, no es dable desatender que en este caso se demuestra que inexplicablemente existen períodos que no fueron tenidos en cuenta por el fondo de pensiones demandado, en los que el demandante causó la cotización por su vinculación laboral con la empresa Janna Motor's mediante contrato a término indefinido desde el 20 de noviembre de 2.001 y frente a los cuales Colfondos no acreditó en este juicio que haya adelantado acciones de cobro de las cotizaciones ante la presunta mora del empleador, circunstancia que como lo advirtió antes la Sala, no puede ir en perjuicio del demandante que ha cumplido con su deber de cotizar por la prestación de sus servicios personales y por lo tanto, la demandada como obligada directa del pago de la prestación, debe tener en cuenta aquellos períodos que no le fueron contabilizados y sobre los cuales se demostró la afiliación al fondo privado de pensiones y la relación laboral con la empresa Janna Motor's que permanece vigente hasta el 11 de diciembre de 2.012, como antes se anotó.

Luego, se deberán adicionar a las semanas cotizadas por el actor, los siguientes períodos que no fueron contabilizados por Colfondos con el empleador Janna Motor's:

1).- Año 2.002: diciembre (**30 días**); 2).- Año 2.003: marzo, julio a agosto y octubre (**120 días**); 3).- Año 2.004: marzo a abril, julio y noviembre a diciembre (**150 días**); 4).- Año 2.005: enero a marzo, mayo y septiembre a diciembre (**240 días**); 5).- Año 2.006: enero a febrero y abril a diciembre (**330 días**); 6).- Año 2.007: enero a diciembre (**360 días**); 7).- Año 2.008: mayo a diciembre (**240 días**); y 8).- Año 2.009: marzo (**30 días**). **Subtotal.** 1.500 días = **214,28 semanas.**

Lo antes expuesto pone de presente que el actor realmente causó cotizaciones por un total de **1035,71 semanas** $\leq 821,43 + 214,28$, de las cuales **154,28 semanas** (1.080 días) fueron cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez¹⁸, que corresponden al período comprendido entre el **26 de mayo de 2.006 al 26 de mayo de 2.009**, situación que permite determinar que le asistía derecho al demandante a la pensión de invalidez de origen común, como así lo consideró el A-quo, razón por cual se confirmará la sentencia apelada con relación a este tópico del debate.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala a pronunciarse sobre el reparo de la demandada contra la condena en costas que se impuso exclusivamente a su cargo ya que alega que éstas también debieron extenderse a la llamada en garantía por haberse opuesto a las pretensiones del actor.

(...)

¹⁶ 26 de mayo de 2.009.

¹⁷ Ver artículo 33 de la Ley 100 de 1.993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2.003. Pensión de vejez incremento de las 1.000 semanas para adquirir el derecho a partir del año 2.005 en 50 semanas y 25 en los subsiguientes hasta llegar a 1.300 en el año 2.015.

¹⁸ 26 de mayo de 2.009.

Ahora, pasa la Sala a estudiar la inconformidad de la parte demandante en la que aduce que el monto de la pensión de invalidez debe ser superior al salario mínimo legal ya que a su juicio el A-quo no tuvo en cuenta todas las semanas cotizadas y los IBC reportados para el cálculo del IBL sobre el cual considera que debía aplicarse un 69%.

Sea pertinente señalar que el artículo 46 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1.994 “*Por el cual se reglamenta la Ley 100 de 1.993*”, dispone:

“Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos 10 (diez) años de cotizaciones o su equivalente en número de semanas sobre las cuales efectivamente se cotizó, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.

Para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, de quienes no hubieren alcanzado a cotizar diez (10) años, será el promedio de los salarios o rentas mensuales cotizados durante todo el período de cotización, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado de acuerdo con el índice de precios al consumidor, calculado sobre el ingreso base de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en los incisos anteriores, el trabajador podrá optar por este último sistema, siempre y cuando haya cotizado mil doscientas cincuenta (1250) semanas como mínimo.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo será aplicable en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para el caso de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.”

Con base en la norma antes transcrita, y teniendo en cuenta que al afiliado inválido cotizó un total de **1035,71 semanas**, es decir, que cotizó por más de 10 años pero menos de 1.250 semanas, le resulta aplicable para efectos de hallar el ingreso base de liquidación únicamente el inciso primero de la norma antes citada, esto es, “el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos 10 (diez) años de cotizaciones o su equivalente en número de semanas sobre las cuales efectivamente se cotizó”, y no por toda la vida laboral como erradamente lo aduce el apelante.

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 100 de 1.993, estipula que “El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

Luego, para efectos de realizar las operaciones aritméticas de rigor, la Sala tendrá en cuenta los salarios cotizados por el afiliado durante los últimos 10 años anteriores a la fecha de

estructuración de la invalidez (26 de mayo de 2.009- P.C.L. 51.50%), incluyendo aquellos que corresponden a los aludidos ciclos no contabilizados por la demandada, los cuales como no se encuentran demostrados ni discriminados en el plenario se tendrán como equivalentes al salario mínimo de cada época toda vez que no es dable desatender que tanto las mesadas pensionales¹⁹ como el ingreso base de las cotizaciones²⁰ no pueden ser inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, siendo esto necesario para lograr efectuar y completar el cálculo que determine el I.B.L. por el promedio de lo cotizado por el demandante en los últimos 10 (diez) años anteriores a su estado de invalidez actualizado con la variación del índice de precios al consumidor.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 38, 40, 69 y 70 de la Ley 100 de 1.993, Artículo 1° de la Ley 860 de 2.003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1.993, Artículo 46 del Decreto 692 de 1.994 que reglamentó la Ley 100 de 1.993, Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por la Ley 1395 de 2.010, Sentencias de la Corte Constitucional C-539 de 1.999²¹ y C-428 de 2.009²² y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, de fecha 22 de Julio de 2008, dentro del proceso ordinario laboral de Carmen Cárdenas Ruedas vs I.S.S., Rad.- 34270²³.

FECHA: Julio 23 de 2014

DEMANDANTE: Raúl Hernández Insignares

DEMANDADO: Colfondos S.A. – Pensiones y Cesantías, y como llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-014-2012-00347-01/**50496-A**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada excepto en la condena en costas que se modifica.

REINTEGRO DE TRABAJADORES AFORADOS-Caso de los nombramientos en provisionalidad/ No puede pretenderse su permanencia en virtud de figuras como la del fuero sindical/**ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA**-Transitoriedad del cargo hasta el lleno de las vacantes con quienes hubiesen superado el concurso de méritos/**LISTA DE ELEGIBLES**-Ante su ausencia los trabajadores aforados en provisionalidad debía retirárseles del empleo previa autorización judicial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: El problema jurídico a dilucidar en el presente caso va encaminado en determinar si los actores se encontraban amparados por las garantías forales de directivos al momento de sus desvinculaciones de los cargos ocupados en el Municipio de Candelaria.

Extractos: “El fuero sindical consiste en la garantía de estabilidad en el empleo y de inmodificabilidad de las condiciones de trabajo, otorgada por la ley a ciertos trabajadores en razón de sus actividades sindicales y con relación a sus respectivos patronos; garantía que

¹⁹ Con antelación a las Leyes 100 de 1.993 y 797 de 2.003, las Leyes 4ª de 1.976 y 71 de 1.988 establecieron también que “ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual”, e igualmente el artículo 23 del Acuerdo 049 de 1.990, señaló que las pensiones de invalidez y vejez no podrán “*ser inferiores al salario mínimo legal mensual*”.

²⁰ Según los artículos 5° de la Ley 797 de 2.003 que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1.993 y el 3° del Decreto 510 de 2.003 “*En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente*”.

²¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia que declaró exequibles los numerales 1 y 2 del art. 1° de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “*y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez*” que fue declarada inexecutable.

²³ M.P. Eduardo López Villegas.

subsiste mientras no sea levantada por el Juez del Trabajo, o mientras no sobrevenga alguno de los hechos o motivos legales en virtud de los cuales cesa o se extingue.

Desde tiempo atrás la Corte Suprema ha sostenido que el despido, desmejora o traslado de trabajadores amparados con el fuero sindical sólo procede mediante la acción de levantamiento que el empleador promueva ante el juez a través de un proceso especial e invocando justa causa para ello. En el caso que no ocurra así y por el contrario, se despida, desmejore o traslade sin permiso del juez del trabajo, el trabajador aforado tiene derecho a instaurar acción de reintegro o de restitución < según sea el caso > ante el mismo juez dentro de los dos meses siguientes al despido, desmejora o traslado. Si en el proceso se llega a demostrar que fue despedido, desmejorado o trasladado sin justa causa, debe ordenarse su reintegro o restitución, así como el pago de los salarios dejados de percibir o las diferencias salariales existentes a título de indemnización.

El artículo 44 de la ley 50 de 1990 establece que: “Toda Organización Sindical de Trabajadores, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica”. Por su parte, el artículo 50 ibidem, modificado por la ley 584 del 2000 artículo 6°, señala que: “Ningún sindicato puede actuar como tal, ni ejercer la funciones que la ley y sus respectivos estatutos le señalen, ni ejercitar los derechos que le correspondan, mientras no se halla inscrito el acta de constitución ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y solo durante la vigencia de esta inscripción”.

El artículo 363, subrogado por la ley 50/90, art. 43 consagra que una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o el alcalde del lugar, a su vez, pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente.

El artículo 406 del CST, subrogado por el artículo 57 de la ley 50 de 1990, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000, gozan de fuero sindical de directivos:

“(…)

c) Los miembros de la Junta Directiva y Subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; y (…)”

Por su parte, el parágrafo 2° de la misma norma establece que para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

En el asunto a tratar, viene probado en el plenario que los actores laboraron en el Municipio de Candelaria, así:

- SUGEY DEL CARMEN QUINTERO PAREJA, nombrada provisionalmente por Decreto No. 033 de febrero 11 de 2008, desde el 11 de febrero de 2008, en el

cargo de Técnico Administrativo, hasta el 5 de enero de 2012 por declaratoria de insubsistencia, notificada el 6 de los mismos²⁴

- GIESSEL PAOLA YANCE ROJANO, nombrada provisionalmente por Decreto No. MC-0023 del 9 de junio de 2011, desde el 10 de junio de 2011, en el cargo de Técnico Administrativo, hasta el 5 de enero de 2012 por declaratoria de insubsistencia, notificada el 5 de los mismos²⁵
- CARMEN ALICIA FONSECA SARABIA, nombrada por Decreto No. 014 del 5 de abril de 2011, desde el 5 de abril de 2011, en el cargo de Auxiliar Administrativo, hasta el 3 de enero de 2012 por declaratoria de insubsistencia, notificada el 4 de los mismos²⁶
- ISRAEL DE JESÚS BOLÍVAR CERVANTES, nombrado provisionalmente por Decreto No. MC-0040 del 17 de junio de 2011, desde el 23 de junio de 2011, en el cargo de Auxiliar Administrativo, hasta el 5 de enero de 2012 por declaratoria de insubsistencia, notificada el 5 de los mismos²⁷
- YOJANA PATRICIA YANCE GUERRERO, nombrada provisionalmente por Decreto No. MC-0036 del 16 de junio de 2011, desde el 29 de junio de 2011, desde el 5 de abril de 2011, en el cargo de Técnico Administrativo, hasta el 5 de enero de 2012 por declaratoria de insubsistencia, notificada el 5 de los mismos²⁸.

En ese mismo orden, se encuentra acreditada la fundación de la organización sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES y EMPLEADOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE CANDELARIA – SINTRAEMUCAN-, la aprobación de sus estatutos y la elección de la junta directiva el día 27 de diciembre de 2011²⁹. De igual manera que el día 29 de ese mes y año se comunicó al Inspector del Trabajo- Ministerio de Trabajo sobre dicha constitución, anexándose los documentos respectivos para su inscripción en el registro sindical³⁰, habiéndose procedido a la misma en dicha fecha³¹. También está probado que se notificó al Alcalde Municipal de Candelaria³² sobre la fundación del Sindicato, relacionándose la lista de los socios fundadores y directivos, entre los cuales, se encontraban los accionantes³³.

Del recorrido probatorio efectuado no cabe duda que para las épocas de las desvinculaciones laborales de los enjuiciantes³⁴ ostentaban las garantías forales de directivos, las cuales eran conocidas por la demandada.

²⁴ Fls. 19-24

²⁵ Fls. 25-33

²⁶ Fls. 34-38

²⁷ Fls. 39-46

²⁸ Fls. 47-55

²⁹ Fls. 71-87

³⁰ Fl. 89

³¹ Fls. 91-93

³² Tanto por parte del Sindicato como del Inspector del Trabajo, los días 29 y 30 de diciembre de 2011, respectivamente

³³ Fls. 89-94

³⁴ 5 de enero de 2012, excepto la demandante CARMEN ALICIA FONSECA SARABIA, quien fue declarada insubsistente a partir del 3 de enero del mismo año

Cierto es que conforme a las probanzas recaudadas se extrae que los actores se encontraban vinculados laboralmente en provisionalidad en el Municipio de Candelaria. Al respecto, tenemos que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, expidió el Decreto Ley 760 del 17 de marzo del 2005 <vigente al momento de las declaratorias de insubsistencia de los demandantes>, que estableció en su artículo 24 lo siguiente:

“No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

“24.1 Cuando no superen el período de prueba;

“24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

“24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito”.

(...)

Siendo ello así, es clara la precariedad de la estabilidad – o estabilidad intermedia- de los empleados públicos que ocupan cargos de carrera administrativas, nombrados en provisionalidad, por lo cual mal puede pretenderse su permanencia en virtud de figuras como la del fuero sindical, puesto que esa condición de transitoriedad propia de la naturaleza de tal nombramiento implica que las condiciones inicialmente contratadas desaparecerán una vez se cumplan los pasos consagrados para el lleno de las vacantes con quienes hubiesen superado el concurso de méritos.

En el sub judice, surge que aun cuando en los actos administrativos de insubsistencia³⁵ se dejó anotado que dichos cargos fueron reportados a la OPEC para concurso convocado por la CNSC en la convocatoria 001 de 2005, también se precisó que a esas calendas no se había producido la lista de elegibles; a su vez, tampoco se demostró que los demandantes no hubiesen superado el período de prueba, que no hubiesen participado en el concurso o que de haberlo hecho no ocuparen los puestos que permitieran su nombramiento en estricto orden de mérito, mucho menos que hubiesen incurrido en sanción disciplinaria.

De tal suerte, se puede decir que las situaciones de los demandantes no se enmarcan dentro de las señaladas por la ley para el retiro de los empleados públicos con fuero sindical sin necesidad de autorización judicial. En otras palabras, para el caso de los accionantes, de conformidad con la línea trazada por la Corte Constitucional, dada su estabilidad intermedia como empleados públicos provisionales y no encontrarse enmarcados dentro de las causales del art. 24 del Decreto Ley 760 del 17 de marzo del 2005, era forzosa la previa autorización judicial en firme para sus desvinculaciones, lo cual aquí no aconteció.

Y si bien en los Decretos de insubsistencias³⁶ se hace alusión a la crisis institucional que atraviesa el demandado provocada por el intempestivo cambio de mandatarios, lo cierto es que esto debió ser alegato de aquel en el respectivo proceso de levantamiento de fuero sindical que estaba obligado a iniciar para obtener la autorización de despido correspondiente por el Juez del trabajo, pues recuérdese que los objetivos primordiales de

³⁵Excepto en el caso de CARMEN ALICIA FONSECA SARABIA

³⁶ Excepto en el caso de CARMEN ALICIA FONSECA SARABIA

esta acción son, en primer lugar, verificar la ocurrencia de la causa alegada, y secundariamente, el análisis de su legalidad o ilegalidad.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 44 de la ley 50 de 1990, artículo 363, subrogado por la ley 50/90, art. 43, artículo 406 del CST, subrogado por el artículo 57 de la ley 50 de 1990, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000, artículo 53 de la Ley 909 de 2004.

DEMANDANTE: Sugey Del Carmen Quintero Pareja, Giessel Paola Yance Rojano, Carmen Alicia Fonseca Sarabia, Israel De Jesús Bolívar Cervantes y Yojana Patricia Yance Guerrero

DEMANDADO: Municipio De Candelaria

FECHA: Julio 9 de 2014

RADICACIÓN: 08-638-31-89-003-2012-00051-01/**51.200**

DECISIÓN: Confirma sentencia consultada.

3. SALA PENAL

DELITO DE RECEPCIÓN-Materialidad de la conducta/**DENUNCIA PENAL**-Es válida la realizada por la empresa prestadora del servicio de energía por medio de sus empleados/**DICTAMEN PERICIAL**-Validez/Demostración de la veracidad de los sellos impuestos en los medidores hurtados

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el procesado fue absuelto por el delito de receptación, decisión judicial que fue apelada por la parte civil quien censura que el Juez de primera instancia, por cuanto estima que fue descubierto en flagrancia y que también buscó entorpecer la investigación alegando en su indagatoria que otra persona le hizo entrega de los sellos de seguridad para que se los guardara.

Extractos: “Advierte la Corporación, que el delito de Receptación, por el cual es acusado el señor Alfonso Rafael Rivera Gutiérrez, se encuentra descrito en el artículo 447 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 813 de 2003, artículo 4ª, de la siguiente manera:

“Artículo 447. Receptación. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de 2 a 8 años y multa de (05) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad”

Así pues que para desatar o solucionar esta Sala de decisión penal, la tensión que emerge entre los argumentos que vierte la Juez de conocimiento en la sentencia absolutoria y aquellos que se observan en el libelo de apelación del representante de la parte civil, nacen los primeros cuando la Juez, estima y percibe de las pruebas que militan en el expediente, luego de su correspondiente evaluación el que no se colme el mínimo de requisitos solicitados por el artículo 233 de la Ley 600 de 2000, para condenar al acusado por la conducta punible de *receptación*, por lo siguiente:

(i) Que la captura de Alfonso Rafael Rivera Gutiérrez, realizada el día 25 de mayo de 2006 en un kiosco ubicado en la calle 36 con carrera 43 esquina de esta urbe, fue irregular por no haber *flagrancia* y además porque no existió orden de captura de autoridad competente tal como lo dispone el artículo 28 de la Constitución Política; (ii) Que la Fiscalía no hizo un programa metodológico y que conglobara las pesquisas sobre las personas dedicadas a la venta de material ilícito de electricidad; (iii) Que el informe policivo es un medio que sirve como criterio orientador; (iv) Que la denuncia se encuentra sin firma y por otro lado allí no se relacionaron los elementos incautados; (v) Que el informe policivo habla de 25 sellos de diferentes tamaños y modelos y el estudio documentológico realizado casi 5 meses después advierte que son 24 sellos de seguridad para medidores de energía y (vi) Que el agente Hugo Fabian Moncayo, se contradice con el informe policivo relativo al día de los hechos, porque no se acuerda cuantos sellos le fueron incautados al acusado.

De la captura del acusado:

Sobre este tema y que a estas alturas nada importa para evaluar las pruebas legalmente recaudadas en este entramado procesal, ha de decir la Sala, que el artículo 345 de la Ley 600 de 2000, es taxativo sobre las modalidades de la *flagrancia* y una de ellas es la contenida en el numeral 1° del precitado artículo que a la letra dice: “*la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible*”.

En el caso del señor Alfonso Rivera Gutiérrez, afirma el informe policivo de fecha 25 de mayo de 2006, que éste es capturado cuando se le encuentra en su poder 25 sellos de diferentes tamaños y modelos los cuales tienen las siglas ECO-ECA, seriales y códigos de barra que son de uso exclusivo de la empresa Electricaribe, detallando sus características físicas y signos notables de identificación.

Esto en principio autorizaba a los miembros de la policía nacional, para proceder a la captura del enjuiciado, sugiriéndose que es apenas elemental que ello ocurre porque existían indicios de que tales objetos son de uso exclusivo de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y en la especie de conducción de energía eléctrica, que por hecho notorio en la Costa Atlántica, se encuentra asignado a la empresa Electricaribe. Inclusive tal como lo dice la acusación y brota de las mismas expresiones del indagado se trataba de elementos que no debían estar siendo poseídos por Alfonso Rafael Rivera Gutiérrez, quien afirma que es electricista de profesión y podía actualizar su conocimiento y comportamiento a actitudes que engaste con un proceder legal.

Por lo que en sentir del Tribunal, la captura fue legal no solo por los indicios primarios y sin mayores elementos de juicio que a la sazón en el decurso de la investigación ratifican o fortalecen el proceder legítimo de los miembros de la policía judicial como más adelante se verá.

Sobre la responsabilidad penal del acusado

Antes de abordar este interesante tema es necesario señalar por parte de la Colegiatura, que la Juez de instancia se queda en los vericuetos del formalismo y que si bien es cierto pudieran existir irregularidades en cuanto a errores calami o desfases en cuanto al número de elementos incautados al procesado, como cuando sostiene que existe una marcada contradicción entre lo que existe – 25 sellos – y aquellos que son sometidos a los rigores de la experticia – 24 sellos -, esto bajo el tamiz de una sensata y además objetiva percepción

de los actos del procesado que columbran la satisfacción del delito de receptación, no reportan ningún aspecto negativo que haga presuponer el beneficio de la absolución.

Ya que si son 25 sellos o 24, igual su origen ilícito hace que se satisfagan las estructuras contenidas en el artículo 447 del Código Penal, quien solo pide dentro de sus verbos alternativos el que el sujeto agente *adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito*. Mismo que paladinamente se infiere de la confesión calificada que vierte el procesado en su declaración de indagatoria de fecha 28 de marzo de 2006, hecha ante la fiscalía novena delegada unidad de reacción inmediata, cuando afirma al cuestionársele de donde obtuvo o porque tiene los elementos de interés de este proceso penal, a lo cual señaló: “... a mi me cogieron en la 36 con 43 centro ahí paran los electricistas, me recisaron (sic) y me con (sic) encontraron en la mochila ocho sellos transparentes que son las cajas de las borneras de los contadores, esosw (sic) sellos me los retaló (sic) un muchacho Juancho él los tenía y como no servían me los dio”.³⁷

Pero al interrogársele y ponérsele de presente al acusado el informe policivo, cambia sustancialmente las razones por las cuales obtuvo los sellos, veamos lo que dice: “Contesto: Yo no sabía de quien eran esos sellos, solo que Juancho me los dio a guardar”³⁸. (Subrayado fuera del texto original)

Tal como se anunció en segmento anterior se trata de una confesión calificada la cual según la doctrina y jurisprudencia contiene una aporía conceptual o unos argumentos bifrontes que requieren de otros medios de prueba para inclinar la balanza por alguna de las dos posiciones asumidas por el procesado, vale decir de que se acepta tener los sellos pero no se acepta la responsabilidad por la tenencia. Siendo así la Colegiatura, se inclina por la posición de que Alfonso Rafael Rivera Gutiérrez, sabía y conocía que los elementos supuestamente a él entregados por “Juancho” eran ilícitos, no sólo por razón del contenido del informe policivo y su ratificación por uno de los policiales que intervinieron en el procedimiento – Hugo Fabian Moncayo Cardenas- sino por las abiertas contradicciones al interior de su indagatoria, ya que al inicio dice que “Juancho” le regaló los objetos incautados y más adelante asegura que se los dio a guardar y ahí surge la pregunta ¿Cuál de las dos posiciones es real? Pues ninguna de las dos.

Puesto que como actividad cotidiana o laboral dice este procesado que se dedica a los temas de la electricidad y por lógica ha de entenderse que conoce bien los elementos que se le decomisan mismos que no son de ordinaria y libre venta dentro de los comercios o almacenes eléctricos. Aún más la Juez, nos muestra un argumento equívoco frente a esta posición del procesado, dando por cierto que le encontraron solo ocho sellos o elementos de similitud.

Ahora bien, la Juez del conocimiento más allá de sus propias palabras no encuentra soporte jurídico para desnaturalizar la legitimidad de la prueba pericial, a quien la fustiga porque en su práctica no se guardaron los protocolos de la cadena de custodia y otros aspectos que no son más que meras suposiciones, porque en el proceso evaluativo de las pruebas existe la libertad probatoria contenido en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, la cual enseña que la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con *cualquier* medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial,

³⁷ Folios 32 a 24, cuaderno de fiscalía.

³⁸ Folio 23, cuaderno de la Fiscalía.

respetando siempre los derechos fundamentales. Pero para probar las anteriores exigencias frente al delito de receptación, el legislador no pide prueba especial.

Tanto que según el artículo 233 *ibídem*, la peritación es un medio de prueba y la apreciación de éste según el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal anterior, debe hacerse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De donde surge que si la peritación que se hizo sobre los elementos incautados al acusado tiene su legitimación en la autorización que hizo el delegado de la fiscalía en su resolución de fecha 05 de septiembre de 2006³⁹, al cuerpo técnico de investigaciones no entiende la Sala, por qué a sus resultas se le quita el poder suasorio habida cuenta que se cumplió con la comisión y se introdujo al torrente probatorio de este proceso penal, mismo que concluyó:

“Estudios realizados:

Se analizaron minuciosamente cada uno de los sellos enviados para su estudio, teniendo en cuenta para ello características físicas tales como: tamaño, contenido, distribución topográfica, morfología de las letras, relieves (alto y bajo), para poder establecer los siguiente:

1) Que los veinticuatro (24) sellos analizados corresponden a sellos de seguridad para borneras y cajas de medidores, utilizados generalmente para el aseguramiento de este elemento de servicio público (contador o medidor) tanto en parte interna, como en su parte externa y que se identifican con sus características físicas, con los sellos tenidos y vistos como patrón, puesto que ostentan la misma distribución topográfica que presentan los sellos originales.

Las denominadas borneras, es aquel compartimiento del medidor que permite la entrada de la acometida y salida de la carga.

2) Existen varios tipos de sellos, entre los que se cuentan como en ese caso, los de tipo 2 con Rotocel (de color salmón) los cuales se giran manualmente hasta conseguir que este no sea violentado por los usuarios una vez asegurada la caja y los de tipo 5 o transparentes que llevan en sus extremos un pequeño cable o alambre que sirve de sujetador y seguro tanto de la caja en su parte externa como en la interna; las palabras ECO y ECA, que se encuentran en alto relieve en los sellos de seguridad; corresponden a las empresas Electrocosta y Electricaribe, respectivamente, por lo que se infiere que los veinticuatro (24) sellos analizados, se identifican en sus características físicas con los sellos utilizados por la empresa Electricaribe- Electrocosta.”⁴⁰

Pues bien, este dictamen pericial es claro y evidencia que los sellos corresponden a los usados por las empresas Electrocosta y Electricaribe, conclusión que no da margen de hesitación alguna tal como lo reafirma sobre este tópico el argumento de la Juez para absolver. Claridad que si se le dificultaba obtener tenía a su alcance el procedimiento contenido en el artículo 254 de la ley 600 de 2000, en especial el numeral 1º que dice: “Verificará si cumple con los requisitos señalados en este código” también la defensa tenía a su disposición los requisitos establecidos en el artículo 255 de la misma codificación, cuando lo faculta de la siguiente manera: “la objeción podrá proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública”. Por lo que si alguna duda tenía la juzgadora sobre el contenido y conclusión del dictamen bien podía hacer comparecer al perito a la audiencia pública de conformidad con el artículo 256 *eiusdem* y allí interrogarlo para que le aclarara cualquier aspecto oscuro o no claro en el proceso de elaboración del dictamen.

³⁹ Folio 51 y 54 y 55, cuaderno de la fiscalía.

⁴⁰ Folios 54 y 55, cuaderno fiscalía.

Si todo esto fue echado de menos y nadie mostró ningún reparo al dictamen pericial, es apenas simple entender que se daba por descontada la finalidad del dictamen pericial, que hoy fuera cuestionado en el fallo absolutorio, sin motivos suficientes y diferentes a la propia percepción subjetiva de la Juez, por lo que en las condiciones presentes esa prueba pericial tan mencionada fortalece la posición ab initio de los miembros de la policía nacional, la fiscalía y el ministerio público, que concursa con la posición de condena por el delito de receptación, que así manifiesto se observa cuando interviene como no recurrente ante el superior funcional del delegado fiscal que califica.

No debe olvidarse que el delito de receptación según la doctrina y jurisprudencia obedece a un comportamiento diferente del delito agotado y que es de tal alcurnia porque el solo poseer objetos ilícitos estructura este reato y ello lo explicita el tratadista Francisco José Ferreira D, en su obra Derecho Penal Especial, Tomo II, Editorial Temis, página 530, cuando sostiene:

“El encubrimiento es un tipo legal de conducta convergente o, como lo llama Luis Jiménez de Asúa, tipo de encuentro. Quiere decir lo anterior que el encubridor debe converger su conducta ilícita con la trayectoria de otro delito ya agotado, porque no puede haber encubrimiento sino de otro delito. Convergen dos conductas humanas para estructurar un delito: la del autor del hecho gotao, y la de quien lo encubre.

De acción compuesta y alternativa material. Hay elemento subjetivo en su descripción típica con doble aspecto; uno positivo: “el que tenga conocimiento”, otro negativo: “y sin concierto previo”. Es de resultado, por lo mismo de daño. Instantáneo en su consumación.”

En suma, la Juez también acude para absolver a un argumento baladí o inconsulto con las pruebas regulares, legales y oportunas allegadas al proceso penal, cuando adviera que la denuncia no se encuentra signada por quien la presenta, en nuestro caso el señor Juan Carlos Hernández Boneu, quien actúa en nombre de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., como que para no darle importancia a los hechos que allí se exponen ante la Fiscalía General de la Nación, olvidando que a esa denuncia sin firma se le adjunta el poder que le otorga el representante de la entidad defraudada y que si tiene la firma de apoderado y poderdante, amen que en el mismo informe policivo se hace alusión a la denuncia, luego ésta existe y a ella hay que atenderla igual que a todas las noticias criminales, que entre otras cosas hoy según el artículo 250 de la Constitución Nacional, amplía el plexo de vectores en que pueden cabalgar las noticias criminales como cuando señala que *“por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 447 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 813 de 2003, artículo 4^a, artículo 233 y 345 de la Ley 600 de 2000, artículo 250 de la Constitución Nacional.

FECHA: Julio 14 de 2014

RADICACIÓN: 2080013104007201200075001/2014-00132

DECISIÓN: Revoca sentencia absolutoria.

RETRACTACIÓN-Violación al derecho a la defensa técnica de los procesados /Aceptación/
Casos en que procede/**NULIDADES PROCESALES**- Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la apelación de los procesados que sostienen que en la diligencia de formulación de imputación, procedieron a aceptar cargos debido a una mala asesoría del entonces Defensor Técnico, perdiendo así, los beneficios a los que tenían derecho. Igualmente, consideran que el acto de imputación no se dio de manera clara, toda vez que se efectuó generalizadamente, sin señalarse cuál era el grado de coautoría o participación del hecho. Alegación ésta que si bien pudo ser planteada por la defensa de ese entonces, no se hizo por falta de diligencia profesional del defensor.

Extractos: “La Sala Mayoritaria, revocará en su integridad el auto recurrido, toda vez que se observa una trasgresión al derecho a la defensa técnica idónea, en el momento que los inculpados aceptaron los cargos formulados por la Fiscalía. En seguida los argumentos que sustentan la decisión:

El artículo 293 de la Ley 906 de 2004 señala:

ARTÍCULO 293. PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Sin embargo, con la modificación a esta norma, introducida por el artículo 69 de la ley 1453 de 2011, en su parágrafo dice lo siguiente:

“La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales”.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“...Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento, en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento⁴¹, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad.

La facultad de verificar que el allanamiento a cargos esté exento de vicios, se infiere del contenido de los artículos 8° literal i), 131, 293 y 368 inciso primero, (...)

La potestad del Juez de examinar que la aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, no desconozca los derechos fundamentales, surge del contenido de los artículos 10°, 351 y 368 inciso segundo, (...)...”⁴²

⁴¹ En la audiencia de formulación de la imputación, este control lo realiza en principio el Juez de garantías (Cfr. Casación 25248 de 5 de octubre de 2006).

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de febrero de 2013, rad. 39707, M.P. María del Rosario González Muñoz.

Crítica a la decisión del *a quo*:

Sostiene la instancia que el doctor José Antonio Ripoll Granados como egresado de una Universidad tiene los suficientes conocimientos jurídicos en materia del sistema penal acusatorio, lo que constituye una argumentación falaz en virtud que este Sistema a penas se está desarrollando y los que han tenido capacitación son los Jueces, Fiscales y Defensoría Pública y respecto de los abogados litigantes, la mayoría desconoce el Estatuto Acusatorio porque se han quedado con el antiguo sistema que venía rigiendo en Colombia y que sigue vigente con la Ley 600 de 2000 y solo algunos profesionales del derecho, estudiosos, investigadores, autodidactas, o que han complementado los estudios con especializaciones o diplomados, tienen conocimiento de esta normatividad.

Aunque los procesados sean profesionales y no tengan retardos o problemas cognitivos, sus conocimientos no son jurídicos sino de otra índole y por eso no se les puede atribuir que por esa sola circunstancias-profesionales-tenían que entender claramente que estaban perdiendo la posibilidad de ir a un juicio donde fueran vencidos y ellos tuvieran la oportunidad de controvertir todas las pruebas aportadas en su contra. Es más, si en estos momentos ellos se están retractando con la asesoría del nuevo abogado defensor es porque quieren irse al juicio completo o con todas sus etapas para demostrar su inocencia, si ellos consideran, que no existen suficientes elementos probatorios para demostrar su responsabilidad penal y por eso es posible que el anterior abogado los haya asesorado que aceptaran la imputación, sin tener una visión del causal probatorio existente o de lo que ellos pudieran acreditar en el proceso.

En los cuadernos aportados en esta instancia no aparece el interrogatorio de cuatro meses que la Fiscalía le haya realizado al procesado Héctor Quiroz y donde supuestamente lo asesoró el abogado José Antonio Ripoll Granados.

Lo alegado por el *a quo* que la defensa plantea falsa acusación no tiene ningún asidero porque ese no es el punto materia de la controversia sino la falta de una buena defensa técnica idónea; y sobre la estrategia es evidente que ésta consiste en no aceptar cargos para que se surta todo el juicio de conformidad a la Ley.

Análisis jurídico del tema tratado.

La jurisprudencia de las Altas Cortes ha entendido que en el parágrafo del artículo 293 *ibídem* existe una mala redacción por parte del Legislador en virtud que jurídicamente no existe una retractación al allanamiento o acuerdo sino una nulidad por vicios del consentimiento o violación a las garantías fundamentales de los imputados y por eso tenemos que entrar a dilucidar el problema planteado si existen esas falencias en el sub lite y de allí proyectar la decisión a tomar.

En tal sentido la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“...Aun cuando, sea del caso señalar, el legislador incurre en un error conceptual, pues propiamente en los anteriores eventos no resulta apropiado referir a una “retractación”, entendida como el acto voluntario y libre de arrepentimiento frente a la aceptación de la responsabilidad delictiva, sino a un vicio que afecta la validez de dicho acto y que, además, no requiere para su perfección de la mera manifestación del inculpatado. Es necesaria,

adicionalmente, como ya se dijo, una declaración judicial a partir del estudio de las circunstancias alegadas para sustentar el vicio que supuestamente afectó el consentimiento o erigió vulneración de garantías fundamentales, irregularidades constitutivas de nulidad procesal que, de concurrir alguna de ellas, obligaría al juzgador a retrotraer la actuación para rehacerla con sujeción a la legalidad...”⁴³.

Por otro lado, la misma Alta Corporación, ha precisado que la retractación al allanamiento o al acuerdo puede pedirlo el imputado o su defensor y para ello citamos un aparte de esa providencia:

“...Desde luego, si lo que se trata es de dar plena operatividad material al parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el Juez de conocimiento, al momento de adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia, debe permitir que **el imputado o su defensor**, si así lo alegan allí o presentan previamente escrito en dicho sentido, accedan a la posibilidad de anular la aceptación de responsabilidad penal...”⁴⁴ (Negrillas fuera del texto).

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004 enseña:

“Art. 457. Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales...”.

Según el Manual de la Defensoría Pública el defensor en el Sistema Acusatorio debe tener el siguiente perfil:

“...Dentro de la relación dialéctica entre iguales que supone nuestro sistema con tendencia acusatoria, la defensa representa un papel más que protagónico, toda vez que en ella se soporta la responsabilidad de hacer frente a la actividad del contrario: la Fiscalía. Son entonces dos enfrentados, la defensa y la fiscalía, que se trenzan en un debate de ideas, de razones jurídicas soportadas en expectativas probatorias, estando políticamente justificada la actividad de cada uno de ellos.

Los dos, enfrentados en un debate que es regulado por un árbitro imparcial, que no se inclina a favor de ninguna de las partes y que garantiza que la igualdad de los contendientes se concrete en sus reales posibilidades, y, además, que vela por mantener la legalidad del enfrentamiento.

Pues bien, en ese contexto, la actividad de la Fiscalía General de la Nación excita la intervención de la defensa. Y es que, superada la vergonzosa situación del antiguo régimen, ha venido construyéndose en la fase posterior a la revolución francesa el espacio en el cual el imputado realmente tiene derechos, y la manera como cada una de las garantías que se le han venido reconociendo lo rodean y lo protegen va haciendo de él un personales cada vez más fuere y más grande, tanto como su oponente. Y es justamente lo que constituye la responsabilidad del defensor: lograr que su defendido, con el disfrute de sus garantías se convierta en un digno oponente de una lucha en la que cada uno de los enfrentados juega a ganar...”⁴⁵

Decisión del caso examinado

Los procesados provienen del Departamento de La Guajira, municipio de Maicao, lo mismo el primer abogado defensor José Antonio Ripoll Granados y por ser de confianza de aquellos

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2013, rad. 40053, M.P. Gustavo Malo Fernández.

⁴⁵ El Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano, págs. 19 a 21

se lo trajeron para Barranquilla al momento de ser capturados, pero su ejercicio en dicha ciudad es la de ser un profesional dedicado a la asistencia judicial en Familia, Civil, Laboral y en los casos penales de los clientes de mayor confianza, es decir, que su experiencia es en áreas del derecho diferentes a las del penal, sin embargo, presta ese servicio excepcionalmente en algunos casos, por lo tanto, podemos concluir que no reúne las condiciones para una buena defensa en el Sistema Penal Acusatorio, en virtud, que sólo posee algunos conocimientos rudimentarios y su mayor experiencia es en los asuntos antes mencionados y posiblemente en la Ley 600 de 2000.

En estas condiciones es evidente que existe una nulidad por violación a garantías fundamentales del parágrafo del artículo 293 y 457 de la Ley 906 de 2004, ya que el abogado José Antonio Ripoll Granados, no era idóneo para asesorar a sus clientes, es decir, no tenía el conocimiento suficiente ni la experiencia en asuntos del Sistema Penal Acusatorio y por lo tanto, en ese instante, no percibió adecuadamente que los imputados podían irse a un juicio oral y tratar de demostrar su inocencia en los cargos que le hace la Fiscalía y consideró que el allanamiento a la imputación era la mejor estrategia defensiva, como por salir del paso o situación en la que se encontraba, no valoró las pruebas a favor de sus defendidos, no vio otra salida al allanamiento y precisamente allí es donde radica la falta de una verdadera defensa técnica en igualdad de condiciones o de armas con el Fiscal Delegado, por consiguiente, la igualdad de armas se frustró en esa actuación.

Pero la Colegiatura no decretará la nulidad de las audiencias preliminares donde se hizo la imputación de cargos y el respectivo allanamiento a los mismos, en atención que la defensa lo que busca es que sus apadrinados puedan tener un juicio justo, con intermediación, concentrado, público, etc., donde ellos puedan controvertir las pruebas de la Fiscalía y al mismo tiempo aportar las suyas, y esa situación conlleva mejor a que se revoque la decisión del *a quo* aceptando la “retractación” de los procesados y la Fiscalía Delegada tenga la oportunidad de presentar el escrito de acusación, decisión que encuentra respaldo en el numeral 5° del artículo 310 de la Ley 600 de 2000 que se refiere a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación cuando expresamente dice, “sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial”.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 293 de la Ley 906 de 2004, artículo 69 de la ley 1453 de 2011, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de febrero de 2013, rad. 39707, M.P. María del Rosario González Muñoz, artículo 457 de la Ley 906 de 2004 y Corte Suprema De Justicia, Sala de casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2013, rad. 40053, M.P. Gustavo Malo Fernández.

FECHA: Julio 9 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00087-P-CR

DECISIÓN: Revoca auto objeto de apelación.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL-No debe la fiscalía apresurarse a solicitar esta actuación sino a terminado su labor investigativa/ **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**-Debe demostrarse fehacientemente su acaecimiento dentro del juicio basado en el debate probatorio

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, el Tribunal estudia la apelación contra la decisión del a-quo que no aceptó la solicitud de preclusión elevada por la fiscalía al considerar que no se encuentra acreditada la causal de ausencia de tipicidad del hecho investigado.

Extractos: “La Ley 906 de 2004 consagra en los artículos que van del 331 al 335 la preclusión de la investigación como una forma que tiene el Juez de dar por terminada la actuación penal, sin agotar todas las etapas procesales, siempre y cuando se logre establecer por parte de la Fiscalía que no existe mérito para acusar.

Se desprende del articulado penal que, la solicitud de preclusión se puede elevar cuando se verifique la configuración de las causales del artículo 332 del nuevo esquema procesal penal, a saber: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. **Atipicidad del hecho investigado**. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

(...)

Entrando en materia, en relación a la tipicidad de la conducta, es necesario estudiar sobre el objeto funcional o administrativo que cumple la entidad SAYCO Y ACINPRO, privada por demás que cumple funciones públicas, por lo cual que se debe aclarar cuál es su función principal, ya que en la audiencia de primera instancia, se auscultó distintas definiciones, entre las cuales se puede resumir que tanto la Fiscalía y los defensores compartían en parte los mismos conceptos, en el sentido que esa sería la entidad encargada de dar los permisos para interpretar las obras musicales del maestro Pacho Galán en vivo, y que solamente era necesario pagar el impuesto ante esa entidad y así pudieren interpretar cualquier pieza musical, por lo cual esta sala se da a la tarea de verificar esas consideraciones de los sujetos de alzada, notando una ambigüedad entre estas, ya que el objeto de SAYCO es, según lo contenido en la página web (<http://www.sayco.org/>), lo siguiente:

“SAYCO es una Sociedad de Gestión Colectiva de Derechos de Autor, sin ánimo de lucro, cuyo objeto principal es la recaudación y distribución de los derechos patrimoniales de autor, en virtud del simple acto de afiliación y de los contratos de representación recíproca suscritos con sus Sociedades hermanas, generados por la Comunicación Pública y/o Reproducción de las obras musicales, literarias, teatrales, audiovisuales, de bellas artes, fotográficas y de arte aplicado, de Titularidad de sus mandantes Nacionales y Extranjeros.”

Igualmente se cita la definición de las licencias que se debe tramitar ante esta entidad al momento de interpretar una pieza musical y a raíz de la cual se obtiene ingresos, de lo cual se extrae de la página virtual de la misma entidad lo siguiente:

“El repertorio representado por SAYCO en Colombia comprende millones de obras entre nacionales y extranjeras de casi todos los países del mundo y todo tipo y género (musicales, dramáticas coreográficas y audiovisuales); para la utilización de una o muchas de estas obras, es necesario obtener una licencia de utilización, la cual depende del tipo de uso que se le quiera dar a las obras.

La licencia es un contrato establecido entre SAYCO (que representa los derechos de los creadores) y una persona natural o jurídica de carácter intransferible que le permite a esta

última explotar las obras de acuerdo a unas condiciones pactadas. La remuneración a ser pagada por el usuario es determinada proporcionalmente de acuerdo a los ingresos que se obtengan por el uso de las obras. Las licencias expresan puntualmente las formas de uso, el tipo de explotación, la modalidad de uso, la tarifa a pagar, la duración de la licencia etc.”

Igualmente se aporta el objeto esencial y funcional de la Sociedad Colectiva ACINPRO:

“Acinpro es una Sociedad de Gestión Colectiva de derechos conexos a los de autor, sin ánimo de lucro, reconocida y autorizada por la Dirección Nacional del Derecho de Autor para recaudar y distribuir equitativamente los derechos derivados de la comunicación pública de la música fonogramada que correspondan a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas que estén afiliados a la entidad.”

Es decir, de acuerdo con las dos funciones que ostentan ambas entidades es notorio que, la función esencial es administrar las regalías que tienen derecho los titulares de las obras musicales, literarias, teatrales etc.; por el uso de dichas obras, de la cual SAYCO Y ACINPRO, cobra y tiene unas tarifas establecidas para la interpretación de esas piezas intelectuales y artísticas, para que ingresen en el patrimonio de los autores o titulares de esos derechos, de lo cual se infiere y como lo estipulan en las políticas internas de ambas entidades administradoras o de los recaudos de la regalías, se deben tramitar unas licencias que autorizan la explotación de las obras, y el solicitante debe hacer un procedimiento administrativo para poder interpretar dichas obras musicales, sobre todo tratándose de músicos profesionales constituidos en orquestas que hacen de estos géneros musicales su materia prima o repertorio habitual.

Adicionalmente, esta Sala debe aclarar que, estas entidades no son las pertinentes para autorizar o no las interpretaciones musicales de acuerdo con su objeto funcional que fue extraído de la información que reposa en sus páginas digitales (<http://www.acinpro.org.co/>) y (<http://www.sayco.org/>), considerando que no tienen coherencia las sustentaciones del recurso de apelación elevado por la Fiscalía y los defensores, al indicar que esta era la entidad que autorizaba las interpretaciones de las obras musicales. Se trata de sociedades que si vigilan el uso pero para recaudar estipendios productos de las interpretaciones de obras musicales, y no necesariamente sobre su autorización.

En tanto en lo que versa sobre PEERMUSIC es menester acotar que, es una editora musical, que se encarga de la representación de obras musicales y publishing de artistas, para gestionar varios tipos de derechos, como los de sincronización, reproducción y los pertinentes a las nuevas tecnologías, lo cual difiere de las afirmaciones esbozadas por la bancada de la defensa en la cuales manifestaron que tenían el 50% de los derechos de autor de las obras de maestro Pacho Galán; adicionalmente se pudo constatar de una manera certera, que dicha entidad divide el porcentaje entre los herederos del maestro Pacho Galán mediante los oficios allegados en las carpetas (OVEIDA GALÀN RUGE 21,87% que corresponde al 29%¹⁷ a que tenía derecho su padre FRANCISCO GALÀN GRAVINI, MÒNICA DUQUE 7,30% que corresponde al 25% del 29,17% a que tenía derecho el señor Francisco Galán Gravine, ARMANDO GALÀN GRAVINI 29,17%, CARMEN GALÀN GRAVINI 29,175 Y MIREYA PEÑATE 12,50%, que le correspondía a Emilia galán), es dable indicar que si bien la casa editora musical también realiza contrato de compra de los derechos de autor y son los titulares del esas regalías, este no es el caso en la familia Galán como se infiere de los elementos materiales de esta investigación, lo que sí está claro es que se encarga de la distribución digital (a través de la web) de las obras del maestro Pacho Galán

y del recaudado que estas generen para así distribuirlos entre los herederos del maestro Galán en el porcentaje correspondiente entre ellos.

Una vez expuesta las funciones que cumple SAYCO, ACINPRO Y PEERMUSIC, es necesario abordar uno de los tipos penales endilgados a los hermanos Pérez, el cual se encuentra en el código penal artículo 271:

“Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexo: Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

- 1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, exporte, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.*
- 2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, Fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.*
- 3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.*
- 4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.*
- 5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.*
- 6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.*
- 7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.”*

De lo anterior esta judicatura aduce que, el bien jurídico que salvaguarda este artículo es *la protección de los derechos patrimoniales de autor*, léase intelectuales o creativos, que por cualquier persona que sin autorización previa de los titulares de esos derechos reproduzcan, ejecute, utilice; los contenidos de obras con usurpación de su autoría o atribuyéndosela como propia o la explote por sí y para sí, es decir, la comercialización de discos por ejemplo. No obstante, cabe indicar que en el caso de estudio que de acuerdo los actos urgentes por parte de la Fiscalía se llegó a constatar que en la página web blog www.orquestapachogalan.com publicaron y comercializaron videos de Pacho Galán, tales como el merecumbe, y adicionalmente Sayco emitió un comunicado advirtiendo que él señor ALI PÉREZ no tenía permiso para publicar videos en lo que concierne a Pacho Galán en la internet, contestando el Señor Pérez que está realizando los trámites para dicho permiso, observando ahora la Sala que el indiciado a sabiendas que no tenía los permisos pertinentes para publicar esos videos del maestro Galán en su blog de internet, así lo realizó, entendiéndose que éste mismo teniendo el conocimiento y la voluntad de publicar a pesar de no poseer dichos permisos; y es que además la familia Galán le envió un comunicado manifestándole que le prohibían tales interpretaciones del maestro Pacho Galán, por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio le había entregado el registro de la marca Pacho Galán.

Así mismo es dable aclarar que, los permisos para interpretar las obras del maestro Pacho Galán no están en disposición de Sayco y Acinpro, si no en los titulares de esos derechos que son los familiares o sucesores de Pacho Galán, debiendo aclararse que, la entidad que puede tramitar las autorizaciones para interpretar sus obras sería la Dirección Nacional de Derecho de Autor o los titulares de los derechos.

(...)

Aterrizando en el objeto de estudio se observa que los hermanos Pérez nunca realizaron esos requerimientos a la familia Galán para que estos autorizaran la interpretación de las obras del señor Pacho Galán, en recintos públicos o en páginas de internet, sino que acudieron a otro tipo de entidades, ahora, si aquellos son los que pueden autorizar o no la interpretación, publicación, divulgación y modificación de las obras del reconocido maestro, ante la claridad o no que nos otorgue la citada normatividad, en especial lo consignado en el literal h del artículo 15 de la ley 351 de 1993, que le confiere la facultad de prohibir y autorizar el acceso al público a bases de datos de ordenadores por medio de telecomunicación, cuando estén protegidas dichas obras, eso nos permite deducir que los señores Pérez, eventualmente no estaban facultados para publicar en su blog o página web www.orquestapachogalan.com, videos musicales de las obras del maestro pacho galán como equívocamente lo afirmaría la Fiscalía en su solicitud de preclusión.

Aunado a los expuesto, esta Sala considera que faltaron o brillan por su ausencias, autorización a los titulares de derecho de estos derechos, en este caso la familia Galán, para hacer interpretación pública de las obras del maestro Pacho Galán, dándose lo exigido por la normatividad en su articulado 271 del Código Penal, lo cual establece que sin previa autorización de los titulares de esos derechos, estimando que para proferir una preclusión por la causal 4 (atipicidad del hecho investigado) la conducta debía aparecer atípica tanto subjetivamente y objetivamente, observando entonces que, a simple vista no se cumple con esas características propias de la dogmática penal vigente, para que pueda reconocerse fácilmente la trascendencia que permita precluir la investigación, ya que aquí se hallan elementos materiales probatorios para seguir investigando este delito.

(...)

Se tiene entonces que, los señores Pérez solicitaron la enseña comercial ante la Superintendencia de Industria y Comercio sobre ese mismo nombre en el año 2009, y que la Señora Oveida Galán Gravine y Armando Galán Gravine, solicitaron la inscripción de la marca de la orquesta Pacho Galán Bing Bang en el 2008 ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Adicionalmente los hermanos Pérez alegan que ellos tienen el derecho de usar el nombre orquesta Pacho Galán, porque su padre perteneció a la agrupación del maestro Pacho Galán en 1965, el cual cumplía funciones de representación musical y vocalista de aquella orquesta, posteriormente el maestro falleció para el año de 1988 y el señor Alí Pérez en el año 1992, decidió inscribir el establecimiento orquesta Pacho galán ante la Cámara de Comercio de esta ciudad, igualmente el señor Pérez padre de los hoy indiciados falleció para el año 2005, automáticamente los hermanos Pérez heredaron lo que el padre había inscrito en la Cámara de Comercio, por medio de la sucesión protocolizada en una notaría en la ciudad de Barranquilla, como consta en los audios, condición de todos modos no otorgaba derechos absolutos o generales sobre la obra artística, intelectual del maestro Francisco Galán.

De lo anterior y entrando a hacer un estudio más detenido e imparcial de la situación, la Sala entiende que desde 1940, el maestro Pacho Galán hasta el año 1988, más de cuarenta años de carrera artística musical nacional e internacionalmente reconocida, siempre llevo su distintivo y su nombre de pila como la referencia, la identificación de su orquesta musical, y al momento el fallecer son derechos morales, con valor económico que heredarían de manera instantánea sus familiares realizado el protocolo, hasta el cuarto grado de consanguinidad o de conformidad con la Ley, los cuales son los que tenían la facultad de explotar o representar dicho nombre, según las reglamentaciones, y atendiendo las formalidades para su explotación legal, eso en principio nos lo indica la lógica simple, de allí a la materialización en la medida que se formalice dicha titularidad, los derechos quedaban algarete, o en la absoluta disposición de otras personas o público en general. Igualmente concluye esta judicatura que, cuando una persona natural inscribe un establecimiento comercial para la explotación o el lucro económico de un nombre, según la normatividad comercial, tiene que ser con ideas novedosas y nunca con el aprovechamiento o usurpación de un nombre que en este caso venía siendo reconocido por mucho años, y es factible entender que el señor Alí Pérez, estaba en la obligación de solicitarle autorización a los familiares supérstites del maestro Pacho Galán para inscribirlo como tal, y como nombre ya de su propia orquesta, porque era en ellos en quien recae ese derecho intangible del nombre del señor Fráncico Galán.

Igualmente aparece que, la orquesta Pacho Galán gozaba de una protección legal que le fue dada por medio de la resolución 6676 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que conceden el registro de la marca Pacho Galán a la orquesta Pacho Galán Bing Bang, la cual primaría sobre la resolución 22538 expedida por la misma entidad, que concedió el depósito a los hermanos Pérez Chávez, ya que el registro si concede el derecho, mientras el depósito por ser un acto declarativo no lo hace, no pudiéndose dejar de lado que a los denunciados se les comunicó por parte de los denunciantes lo anterior y le prohibieron la utilización del nombre comercial de orquesta Pacho Galán Bing Bang.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 331, 332 numeral 4, 335 ley 906 de 2004, Corte Constitucional: Sentencia C-651 del 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, código penal artículo 271 y 306, Ley 23 de 1982, en los artículos 2, 3,4 y 76, Decisión Andina 351 de 1993: articulados 13 y 15, literal h del artículo 15 de la ley 351 de 1993 y artículo 605 del Código de Comercio.

FECHA: Junio 20 de 2014

RADICACIÓN: 11-001-60-00090-2009-00168-01/**2013-00311-P-CR**

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Procedibilidad por ser asunto de relevancia constitucional/**DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO**- El juez se apartó del procedimiento debido que le correspondía imprimirle a la solicitud de restablecimiento del derecho elevada por una presunta víctima de un delito/**DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**-Vulneración por decisión inhibitoria de Juez Control De Garantías/Providencia que no concedió recurso alguno contra su determinación.

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora acude ante esta Corporación en ejercicio de la acción de tutela por cuanto considera vulnerados sus derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, quien se considera víctima de un delito contra el patrimonio económico, por cuanto en el trámite de varias audiencias preliminares que solicitara con el fin de obtener el restablecimiento de su derecho a la propiedad de un vehículo, las decisiones judiciales proferidas resultaron inhibitorias.

Extractos: “En el caso que es sometido a decisión de esta Sala, la pretensión de la accionante Dalgy Rojas Serrano, es obtener por medio de la presente acción, el amparo al derecho fundamental al debido proceso supuestamente trasgredido

Debe recordarse, que las acciones de tutela en contra de las decisiones y actuaciones judiciales, como las desplegadas por los accionados Fiscalía 58 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico y el Juzgado Segundo Municipal con funciones de control de garantías, deben cumplir con ciertos requisitos, generales y específicos, que han sido sentados por la jurisprudencia constitucional⁴⁶.

Así, pues, debe comprobarse:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

...

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

...

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

...

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

...

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

...

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

Por otra parte, se exige como requisito específico la demostración de alguno de los siguientes defectos:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

⁴⁶Sentencia C- 590 de 2005. Corte Constitucional.

- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- i. Violación directa de la Constitución.

Conforme a lo anterior y para verificar que concurren los requisitos de procedencia de esta acción de tutela, se empieza por examinar la actuación de las autoridades accionadas – Juez Segundo Penal Municipal y Fiscalía 58 Seccional, ambos de esta ciudad- por ser las que desempeñaron la mayoría de las actuaciones presuntamente violatorias del derecho fundamental al debido proceso de la señora Dalgy Rojas Serrano. Con todo para significar que esta Sala, observa que la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad anteriormente descritos porque:

(i) Por tratarse del debido proceso es un asunto evidentemente revestido de relevancia constitucional, en especial por tratarse la accionante de una presunta víctima de un hecho punible que se duele de la falta de acceso a la administración de justicia por una decisión inhibitoria por parte del Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, que además no concedió recurso alguno en contra de su determinación.

(ii) El principio de subsidiariedad que se exige en el trámite de esta acción de tutela se encuentra plenamente cumplido por cuanto, por no haberse concedido recursos contra la decisión inhibitoria, no había otro medio judicial idóneo diferente a este mecanismo constitucional, para la salvaguarda de los derechos fundamentales de la señora Dalgy Rojas Serrano. El principio de inmediatez también está acreditado debido a que las actuaciones de las que se duele la actora han sido recientes.

(iii) No se cuestiona una sentencia de tutela, sino que los hechos señalados claramente como causantes de la vulneración al derecho al debido proceso, tienen que ver con el procedimiento para obtener el restablecimiento del derecho a la presunta víctima de una conducta punible que actualmente es objeto de investigación.

Ahora bien, en lo que respecta al defecto de que adolece la actuación de las autoridades accionadas, se evidencia uno de tipo *procedimental absoluto*, porque como se explicará a continuación el Juez Segundo Municipal con funciones de control de garantías, se apartó

del procedimiento debido que le correspondía imprimirle a la solicitud de restablecimiento del derecho elevada por una presunta víctima de un delito.

En artículo 22 de la Ley 906 de 2004, contempla como principio rector y garantía del proceso penal el restablecimiento de los derechos que se quebranten a las personas que han resultado víctimas de una conducta punible. El tenor de la norma reza que: “*Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan a su estado anterior, si ello fuera posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.*”

Así pues, tanto a fiscales como a jueces fueron atribuidas las facultades para hacer cesar el efecto negativo que ha causado el delito al ciudadano que lo ha sufrido, sin que para ello sea necesario que se haya demostrado la responsabilidad penal de quien lo haya ocasionado. Se dispuso entonces, de una actuación preliminar mediante la cual la víctima pudiera acceder a solicitar que *las cosas vuelvan al estado anterior* a la comisión de la conducta punible, bien sea ante el fiscal que conozca la investigación (Artículo 88, inciso 1 y 99 del C.P.C.) o ante el Juez de control de garantías (Artículo 88, inciso 2 del C.P.P), en tratándose por su puesto de la entrega de un vehículo que ha sido presuntamente objeto de un delito.

Debe clarificar este Tribunal, que en esta acción de tutela no se establecerá cuál de las dos autoridades accionadas en razón de sus funciones, es la competente para ordenar la entrega del vehículo porque evidentemente se desnaturalizaría la acción de tutela para convertirla en un conflicto de competencias que, además de no haber sido formalmente propuesto por las autoridades implicadas, tampoco es de nuestra competencia dirimirlo sino de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.⁴⁷

No obstante lo anterior, lo que se cuestiona es que el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta urbe, habiendo efectivamente conocido de la solicitud de la víctima, procedió de manera equívoca en las dos audiencias preliminares que le fueran asignadas para resolver el restablecimiento del derecho a la señora Dalgys Rojas Serrano, porque por un lado, en la audiencia celebrada el 11 de abril de 2014, no era procedente *inhibirse* como lo hizo de dicha solicitud. Todo porque si, como lo explica en el informe, las razones que motivaron a abstenerse de entregar del vehículo tenían que ver con el factor objetivo de competencia para impartir la orden que deprecaba la víctima, lo que le correspondía era hacer las argumentaciones con las que sustentara su postura, permitiendo que se forjara en dicha audiencia el debate del problema jurídico en el que inescindiblemente debían participar tanto la Fiscalía como la víctima, la primera en su condición de titular de la acción penal y también garante del derecho de las víctimas, y ésta última en su calidad de presunta perjudicada con la comisión de la conducta punible.

Y es que no sólo erró la autoridad judicial aquí accionada al *inhibirse* de decidir frente la solicitud de entrega del vehículo, sino también porque a paso seguido cercenó la posibilidad de que la decisión fuera impugnada por medio de los recursos ordinarios, determinando que contra su decisión no procedía recurso alguno.

⁴⁷ Auto Radicación. 33696 de 09 de marzo de 2010. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Tal actitud del Juez de control de garantías accionado, no se compadece con los principios de contradicción y doble instancia contemplados en el artículo 31 la Constitución Nacional, que ordena que: *“toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley...”*; mandato constitucional que bien concuerda con el artículo 176 del C.P.P que a su vez establece que: *“la apelación procede, salvo los casos previstos en este Código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias...”*.

Todo lo anterior representa una grave afectación a los derechos fundamentales de la señora Dalgy Rojas Serrano, quien no sólo es presunta víctima de una conducta punible sino que también ha tenido que enfrentar el irrespeto a la garantía de acceso a la justicia y debido proceso que le asiste por parte de la Fiscalía 58 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico y del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías, ambos de esta ciudad; que sin compadecerse de su calidad de víctima, emitieron decisiones en las que no accedían a la solicitud de entrega de vehículos por no estimarse competentes, sin proponer colisión alguna para que se resolviera y dejando a la accionante en un limbo jurídico imposible de resolver y sin medios de defensa que indudablemente la llevaron a presentar la acción de tutela que en su favor se concederá.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 31 la Constitución Nacional, artículo 176 del C.P.P, Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Radicación. 33696 de 09 de marzo de 2010, artículo 22 de la Ley 906 de 2004, Artículo 88, inciso 1 y 2º y 99 del C.P.C.

ACCIONANTE: Dalgy Stephanie Rojas Serrano

ACCIONADO: Juzgado Segundo Penal Municipal Con Función De Control De Garantías

FECHA: Julio 3 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2014-00181-00

DECISIÓN: Concede Amparo Tutelar. Ordena adelantar audiencia preliminar de restablecimiento del derecho solicitada por la parte actora.

ACCIÓN DE TUTELA-Mecanismo Subsidiario de Protección de Derechos Fundamentales/ RECLAMACIONES DE TIPO PRESTACIONAL-Excepcionalmente puede acudir a la tutela cuando haya vulneración a los derechos al mínimo vital y las particularidades del caso lo Permitan/ **MULTIAFILIACIÓN EN SISTEMA DE PENSIONES- Debe entenderse vinculado a la AFP donde haya realizado el mayor número de cotizaciones**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, estamos en presencia de un funcionario de la fiscalía quien siendo declarado insubsistente fue reintegrado al cargo por orden judicial, en ese interregno de tiempo donde estuvo cesante realizó algunas cotizaciones a un fondo privado de pensiones de forma independiente, no obstante, su empleador había realizado antes y posterioridad a su reingreso cotizaciones al régimen de prima media.

Extractos: **“Uno.-** La jurisprudencia constitucional ha establecido que, por regla general y en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no procede para lograr estas prestaciones, toda vez que el legislador ha dispuesto medios de defensa ordinarios para solucionar ese tipo de conflictos, ya sea ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa. No obstante, la Corte Constitucional ha admitido que en algunos casos, la vía de tutela es pertinente para reclamaciones de tipo prestacional

cuando “su desconocimiento compromete de forma conexas derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales”⁴⁸.

Dos.- La multifiliación consiste en la afiliación simultánea a los dos regímenes de pensión coexistentes en Colombia en este momento, el de prima media con prestaciones definidas, prestado por el Seguro Social y el de ahorro individual con solidaridad, ofrecido por las aseguradoras privadas como Provenir S.A⁴⁹.

El Decreto 3995 de 2008, por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 la Ley 100 de 1993, contempla la prohibición de la multifiliación en el Sistema General de Pensiones y establece los criterios para resolver estos casos de múltiple vinculación, dichas disposiciones se aplican a los afiliados al sistema general de pensiones que al 31 de Diciembre de 2007 se encuentran incurso en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad.

Igualmente dicha normatividad plantea una solución a casos de multifiliación, en su artículo 2º, así:

“...Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones”. (Subraya fuera del texto).

En la sentencia T-686 de 2010, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela en la que consideró:

“De otro lado, teniendo en cuenta que la consecuencia directa del problema administrativo de *multifiliación*, ha sido la imposibilidad del demandante de gozar de su mesada pensional, se ve afectado su derecho al acceso a las garantías de seguridad social, con la consecuente amenaza de su mínimo vital. Esto, por cuanto se ha obligado al tutelante a soportar un perjuicio derivado de una situación administrativa que está fuera de su alcance, pues a su cargo está únicamente el deber de cotizar. Por ello el actor, al pretender certificar mediante los documentos allegados al expediente el cumplimiento de la edad y de las semanas cotizadas exigidas para acceder a su pensión, resulta en una situación que no es equitativa al encontrar que la entidad que recauda sus aportes no es la misma que tiene activa su afiliación, y que por ello no puede conseguir su pensión. Por supuesto lo anterior es razón suficiente para autorizar la intervención del juez de tutela, aunque no sobra señalar, que el caso también se considera constitucionalmente relevante en la medida en que su estudio se desarrolló equivocadamente a partir del análisis de líneas jurisprudenciales de esta Corporación relativas a la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales.” (Subraya fuera de texto)⁵⁰.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-265 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-686 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁰ Ibidem.

Tres.- En el caso *sub examine* el ciudadano Vicente Orejarena Parra acudió al presente trámite constitucional exponiendo que el 12 de diciembre de 2013, recibió una comunicación por parte de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía (Seccional Barranquilla), donde le informaron que no reunía los requisitos para permanecer en el Régimen de Prima Media y que por tanto realizarían sus aportes en el Fondo de Pensiones Colfondos S.A., de esta manera, resalta el accionante que tal hecho vulnera su derecho fundamental a la seguridad social, y que además, la mayoría de sus cotizaciones se encuentran en ese Régimen, y que si bien, estuvo por fuera varios años de la Fiscalía y por ello cotizó en el año 1999 en el fondo privado, posteriormente fue reintegrado por orden de sentencia en la jurisdicción contencioso administrativa, y como fue sin solución de continuidad, la entidad empleadora le canceló las cotizaciones al Fondo Público (donde venía cotizando antes de su desvinculación) durante el tiempo que había sido retirado.

Al respecto, la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondo de Pensiones y de Cesantías (Asofondos), argumentó que el actor se encuentra vinculado a la Colfondos desde el año 1999 y no coligen que con posterioridad el libelista hubiese diligenciado un nuevo formulario de afiliación o traslado, y que además por la información reportada al SIAFP, observan que el señor Orejarena Parra presentó una situación de multiafiliación entre el ISS (hoy Colpensiones) y Colfondos, por lo que dichas entidades al cruzar la información que tenían cada una en sus bases de datos, conforme a lo dispuesto por el Decreto 3995 de 2008, determinaron que su vinculación válida era la de Colfondos⁵¹.

Similar respuesta le brindó Colfondos al peticionario, pues le afirmó que en comité masivo de multiafiliados de Fondo de Pensiones y Cesantías determinó que su afiliación válida era en esa entidad.

Empero, esta Colegiatura observa que del paginario se desprende lo siguiente: (i) el actor fue retirado de la Fiscalía en el año de 1994 y por ello estuvo por fuera de esa entidad hasta enero de 2004, fecha en la cual fue reintegrado por orden de un Juez de la República, conminando a la entidad accionada pagar las prestaciones sociales dejadas de sufragar durante ese tiempo; (ii) el curso en el que el peticionario argumenta se dedicó al litigio, realizó algunas cotizaciones en el año 1999, pues, estando su proceso en la jurisdicción contencioso administrativa en trámite, realizó cotizaciones de manera independiente; (iii) luego de ser reintegrado, la Fiscalía giró sus aportes en pensión a Cajanal, y posteriormente a Colpensiones; (iv) las entidades administradoras de pensiones que más cotizaciones recibieron del actor, fueron Cajanal y ahora Colpensiones, aunado, a que el mayor número de cotizaciones en el periodo del 1 de julio al 31 de diciembre de 2007, fueron realizadas a Cajanal; (v) si bien fue realizado un comité masivo de multiafiliados, en éste no se tuvo en cuenta las cotizaciones en pensión del actor, sufragas por la entidad empleadora luego de su reintegro.

En ese contexto, se tiene que atendiendo lo reglamentado en el Decreto 3995 de 2008, el Comité debe evaluar la afiliación activa del libelista teniendo en cuenta el mayor número de cotizaciones de éste, reposan es en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que, la obligación del regreso del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como lo planteó el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía en el oficio DSAF 002118 del 11 de diciembre de 2013, es un hecho que vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del actor.

⁵¹ Folios 106 a 125 C.O. del Juzgado.

En ese orden de ideas, aunque la Sala comulga con el Juez de Primera Instancia en cuanto a la protección al derecho de petición del actor, no puede dejarse de lado que se observa una flagrante violación al derecho a la seguridad social del accionante.”

FUENTE NORMATIVA: Decreto 3995 de 2008: artículo 2° y Corte Constitucional: Sentencia T-686 de 2010

ACCIONANTE: Vicente Orejarena Parra

ACCIONADO: Colpensiones, Asofondos, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Cajanal en Liquidación, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales UGPP y la Fiscalía General de la Nación

FECHA: Junio 19 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00170-T-MC

DECISIÓN: Modifica Fallo Impugnado. Ordena a Colfondos Pensiones y Cesantías que expida el certificado de retiro del sistema de pensiones del tutelante y al Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía Seccional Barranquilla, que siga efectuando las cotizaciones en pensión del actor ante Colpensiones.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA