



1. SALA CIVIL-FAMILIA

PETICIÓN DE HERENCIA-Es la acción que tiene quien pretenda recuperar los bienes que le corresponden como heredero legítimo/**PROCESO DE SUCESIÓN**-Ante la falta de concurrencia oportuna de todos los herederos se hace uso de la petición de herencia para subsanar esa deficiencia.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se revoque la decisión de primera instancia, por considerarla lesiva a los intereses de su hijo, por cuanto, ordena hacer restitución de bienes del finado y rehacer el trabajo de partición, por la inclusión de un nuevo heredero.

Extractos: “La petición de herencia se encuentra regulada en el artículo 1321 del Código Civil el cual establece lo siguiente: *“El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le aplique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales: y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.”*

El código civil establece que la acción de petición de herencia prescribe en 10 años.

En ese orden de ideas, fallecida una persona su patrimonio no desaparece sino que se transmite a sus herederos quienes entrar a ocupar el lugar del causante en todos sus derechos y obligaciones.

En el presente caso el apoderado judicial de la parte recurrente argumenta que se agotaron todas las etapas del proceso de sucesión del causante Álvaro Enrique Sarmiento Blanco, que ningún interesado intervino en el proceso, tampoco lo hizo la señora Diega Isabel Robles Beleño, representante legal del joven César Enrique Sarmiento Robles, por tanto lo que hoy alegan no tiene ningún sentido, pues no le asiste ningún derecho puesto que el proceso se surtió en debida forma y si no comparecieron fue porque no quisieron.

Frente a la primera tesis del recurrente, el artículo 1321 Código Civil, antes mencionado establece claramente que aquella persona que probara su derecho a una herencia, tendrá acción para que se le adjudique la herencia. Ello sin que pierda derecho alguno por no comparecer oportunamente al proceso sucesorio; precisamente el proceso de conocimiento de “Petición de herencia” se estableció para subsanar esa deficiencia.

Revisado el expediente se constata en folio 6 del expediente de primera instancia la demandante anexa como prueba el registro civil de nacimiento del joven César Enrique Sarmiento Robles,

expedido por la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla correspondiente al serial 24507479 en el cual se observa que figura como padre el causante Álvaro Enrique Sarmiento Blanco, lo cual demuestra y acredita la filiación de padre a hijo.

Por lo que este documento, es suficiente para acreditar la vocación hereditaria del demandante.

En este orden de ideas, el certificado del registro civil es el documento en el que se consignan los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el nacimiento. El Decreto 1260 de 1970 es el que reglamenta el registro del estado civil de las personas.

Según lo dispuesto en el Art. 103 del citado Decreto, las inscripciones en el registro de nacimiento gozan de presunción de autenticidad y pureza; por consiguiente, el registro de nacimiento es el documento idóneo para demostrar la relación filial entre padre e hijo, y solo puede ser alterado por una decisión judicial en firme, o por disposición de los interesados de conformidad a lo establecido por la ley (art. 89 ibídem).

La segunda inconformidad del recurrente es en la apreciación del material probatorio en cuanto a que cuestiona la existencia del joven César Enrique Sarmiento Robles, además de su condición mental y las circunstancias de su representación.

Frente a este hecho se considera que ante la aportación de la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Valledupar, no hay ningún razonamiento que efectuar en cuanto a lo que se pudo haber acreditado ante ese funcionario para la expedición de esa providencia donde se declara la interdicción del demandante y la designación de su madre como su curadora, adicionalmente tendría que precisarse que la falta de capacidad del mismo o su indebida representación del demandante corresponde ventilarlo a través de una excepción previa y al no hacer parte del derecho sustancial no es materia de estudio en este momento procesal; por lo que tal cuestionamiento no entraría afectar la vocación hereditaria del joven Cesar Enrique Sarmiento Robles, el cual se encuentra representado legalmente por su madre. Lo mismo acontece con las dudas planteadas ahora sobre la “existencia” de ese joven.

Ahora bien, dentro del expediente en folio 43 al 63 del cuaderno de primera instancia, reposa copia autentica de una sentencia suscrita por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar, el día 11 de octubre de 2011, dentro de un proceso de interdicción y Nombramiento de Guardador del joven Cesar Enrique Sarmiento Robles, iniciada por la señora Diega Isabel Robles Beleño. En el cual se resolvió: 1. “Declarar interdicto por la discapacidad absoluta al señor Cesar Enrique Sarmiento Robles, además Privarlo de la administración y disposición de los bienes y nombró como curadora a la señora Diega Isabel Robles Beleño.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 1321 Código Civil y Artículo 103 del Decreto 1260 de 1970.

RADICACIÓN: 08-001-31-10-001-2013-00268-01/ 2014F-00058

FECHA: Junio 17 de 2015

DECISIÓN: Confirma la decisión de primera instancia.

ACCIÓN DIRECTA CONTRA ASEGURADORA Y PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-Diferencias/ VICTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO- No resulta exigible que en ejercicio de la acción directa tenga que conformar un litisconsorcio necesario por pasiva entre asegurador y civilmente responsable del daño/**FUENTE DE LAS OBLIGACIONES-** El asegurador y

asegurado no asisten como deudores solidarios de la damnificada o víctima pues sus obligaciones nacen de fuentes diversas, el contrato para aquél y la ley para éste.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte recurrente funda su inconformidad en la condena impuesta por el a quo al pago de perjuicios morales que estaban contractualmente excluidos de la póliza de seguros que amparaba al autor del daño, como quiera que no es un riesgo objeto de aseguramiento, considera no está llamada a asumir pago indemnizatorio.

Extractos: “3. La Acción Directa de la Víctima contra la Aseguradora y sus implicaciones en las acciones de responsabilidad civil

3.1 La acción directa prevista a favor de la víctima en el canon normativo del artículo 1133 del Código de Comercio¹, en su parte final, otorga la potestad a aquella de integrar o no un litisconsorcio facultativo o voluntario por pasiva, es decir, la autoriza para acumular en una sola demanda sus pretensiones en contra de asegurador y del responsable del daño (asegurado), situaciones ambas en las que siempre aquella asumirá la carga probatoria de acreditar los elementos constitutivos o edificantes de la responsabilidad del asegurado, escenario que pone de presente autorizada doctrina nacional como lo es el tratadista Hernán Fabio López Blanco, al señalar que “Empero y viene aquí lo destacado de la norma que marca nuevos horizontes, como beneficiario asistido por la acción directa que le otorga el artículo 1133 del C. de Co., podrá demandar exclusivamente a la aseguradora sin hacerlo respecto de quien ocasionó el daño, o sea el asegurado, puesto que la norma en cita no impone la obligación de demandar a los dos, que lejos está de tipificar un caso de litisconsorcio necesario por disposición de la ley, debido a que permite que se demande exclusivamente a la aseguradora, con la carga de probar la responsabilidad del asegurado sin que necesariamente tenga que demandarlo.

Es este el aspecto novedoso y de particular interés procesal pues normalmente dentro del esquema en que fuimos educados parece una herejía que se pueda demostrar la responsabilidad de un sujeto de derecho dentro de un proceso sin demandarlo, que es precisamente lo que se ha contemplado en el citado artículo 1133, que no se refiere a la necesidad de demandar al asegurado causante del daño sino tan solo de demostrar la responsabilidad del asegurado”, cuestión jurídicamente posible.

¹ Respecto de la aludida acción, la Corte Suprema de Justicia señaló “(...) En sus comienzos, el seguro de responsabilidad civil afinó su ámbito de acción en la protección del asegurado sin reparar, ciertamente, en el perjudicado. En ese orden de ideas, el afectado carecía de un derecho frontal contra el asegurador, a la vez que era evidente la distinción entre la relación jurídica de la aseguradora con el asegurado y la de éste con la víctima, de modo que no existía vínculo alguno entre ésta y aquella. Dada la apremiante necesidad de reparar el perjuicio padecido por el tercero, fueron varios los caminos transitados por jueces y doctrinantes en el sentido de establecer alguna relación jurídica, al menos incipiente, entre el lesionado y la aseguradora. Así, se pensó en una acción oblicua mediante la cual el damnificado, en ciertas hipótesis, podía accionar contra la empresa aseguradora, surgiendo de ese modo una reclamación excepcional. Incluso, la alusión a una ‘acción directa’ tiene significado en cuanto se quiso distinguir de esa vía ‘indirecta’.

“Con el paso del tiempo ha cobrado particular importancia el inevitable compromiso de tutelar a la víctima y significar que, en últimas, tal es la función de esta especie de seguro. A partir de esa consideración los ordenamientos adoptaron diversas disposiciones enderezadas a acentuar ese amparo. Así, el Código Civil italiano (art. 2767), estableció un privilegio en favor del damnificado sobre la indemnización que la aseguradora le pagaba al asegurado; en México, por su parte, mediante norma francamente novedosa, una Ley de 1935 previó una acción directa del perjudicado, a quien se consideró como beneficiario; en el mismo sentido, la Ley francesa de 1930 prescribió en su artículo 53 que ‘el asegurador no puede pagar a otro que no sea el tercero dañado, todo o parte de la suma debida, mientras éste no haya sido indemnizado, hasta el importe de dicha suma, por las consecuencias pecuniarias del hecho perjudicial que haya ocasionado la responsabilidad del asegurado’.

(.....)

En fin, a manera de compendio, la protección que las distintas legislaciones dispensaron al damnificado se orientaron en los siguientes sentidos: a) reconocimiento de una prenda en favor del perjudicado y hasta concurrencia del monto de la cobertura, sobre la indemnización que el asegurador debe al asegurado (Ley suiza); b) como ya se memoró (Ley italiana), al perjudicado se le reconoce un privilegio en la indemnización concedida al asegurado; c) la ineficacia frente al tercero de todos aquellos actos del asegurado que impliquen disposición del valor de la indemnización reconocida a él (Ley alemana); d) o, la prohibición al asegurador de cancelar la indemnización a otro que no sea el perjudicado, hasta tanto no se acredite que, efectivamente, ese tercero ha sido resarcido (Ley francesa). En Colombia, itérase, en el año 1990, a través de la Ley 45, la legislación patria incorporó la acción directa”.

“2.4. Llegados a este punto, importa destacar que, en armonía con la nueva estructura que se dio al seguro de responsabilidad civil, el legislador nacional habilitó a favor del damnificado y en contra del asegurador la acción directa, la cual, por tanto, se tradujo en el instrumento puesto a su disposición, a fin de hacer efectivas las comentadas prerrogativas adoptadas para su franca protección. Si como queda explicado, el analizado seguro, tal y como fue dimensionado y disciplinado en la ley 45 de 1990, apunta preponderantemente a la defensa de la víctima y a que por el asegurador se le indemnice el daño que le provocó el asegurado, era necesaria la incorporación de un mecanismo que, de manera real y cierta, distante como tal de la retórica legis, garantizara el cumplimiento de tales propósitos bienhechores. He ahí, la genuina ratio de la acción directa, así como el vívido e indeclinable querer del legislador encaminado a salvaguardar los derechos de la víctima, igualmente dignos de una adecuada tutela” (Sent. Cas. de 14 de julio de 2009, Exp. 2000 00235 01). Resaltado del Tribunal.

[...] Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora, frente a las acciones que tiene el damnificado y beneficiario existe un litisconsorcio necesario, por cuanto no se estructura el requisito esencial de la figura, de identidad de relación sustancial, lo que se evidencia en que no se presenta comunidad de suerte porque las relaciones jurídicas son diversas por lo que frente al beneficiario o víctima, la aseguradora está ligada por lazos provenientes de responsabilidad contractual derivada del contrato de seguro y respecto del causante del daño la relación usualmente se deriva de otra relación contractual diferente o de responsabilidad civil extracontractual” (Comentarios al Contrato de Seguro, Dupre Editores, 2010, pág 409 - 410)

Luego, no resulta exigente que la víctima en ejercicio de la acción directa tenga que conformar un litisconsorcio necesario por pasiva entre asegurador y civilmente responsable del daño (asegurado), como quiera que, del contenido legal de la citada norma (art 1133), y su recta interpretación, claramente se establece la no exigencia a la víctima de haber demostrado la responsabilidad del asegurado en otro proceso para promover la acción directa contra la aseguradora, y menos aún, que asegurado y asegurador comporten la calidad de Litisconsortes necesarios, presupuesto éste que se explica con dos razones suficientes, la primera, que ciertamente la aseguradora y el asegurado pueden llegar a tener intereses comunes para defenderse y hacer un único frente en contra de las pretensiones de la víctima, pero también pueden concurrir conflictos derivados en el mismo contrato de seguro; y la segunda, en que en que asegurador y asegurado no asisten como deudores solidarios de la damnificada o víctima, dado que, sus obligaciones nacen de fuentes diversas, el contrato para aquél y la ley para éste.

En el escenario que la víctima se decida demandar a la entidad aseguradora como el asegurado, integrándolos como litisconsorte facultativo, el escrito de demanda necesariamente debe cumplir algunos requisitos de forma o técnica procesal mediante la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones, en virtud de lo dispensado por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil², que autoriza para la acumulación objetiva (juez competente, trámite, pretensiones no excluyentes salvo que se presenten como principal y subsidiaria) y subjetiva de pretensiones; la cual, obviamente, siempre será declarativa de condena, y por tanto, debe la víctima, plantear y acumular dos pretensiones declarativas de condena principales independientes entre sí conforme a sus elementos estructurales de sujeto activo, sujeto pasivo, causa de lo pretendido (fáctica y jurídica) y objeto de la pretensión

De suerte que, cuando el damnificado pretende ejercer tanto la acción de responsabilidad civil contra el causante del daño (asegurado) como la acción directa contra la compañía aseguradora, puede acumularlas en una misma demanda, siempre que se reúnan los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil (que el juez sea competente para conocer de todas; que las pretensiones no sean excluyentes; y que puedan ventilarse por la misma cuerda procesal), pues es lo cierto que se trataría de una acumulación subjetiva de pretensiones conexas, en tanto sería el mismo demandante contra varios demandados y las pretensiones a formular, en cada una de tales acciones, no solo se fundamentaran mayormente en

² ARTÍCULO 82. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 34 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquélla y la sentencia de cada una de las instancias.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1. del artículo 157.

Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa.

los mismos elementos de prueba, sino que además encuentran una relación de dependencia, bajo el entendido que la frustración de la pretensión contra el causante del daño conduciría igual rumbo para la incoada contra la aseguradora, aunque la conquista de aquella no acarrea siempre la de la segunda, la cual bien podría derruirse amén de exclusiones o excepciones derivadas del contrato de seguro, y aún de las circunstancias particulares del hecho dañoso, como sería, por ejemplo, la prescripción de la acción directa, la que en ninguna forma beneficia al responsable del daño, ya que, se reitera, tratándose de un litisconsorcio facultativo, los actos de cada uno sólo benefician o perjudican al propio favorecido o afectado.

(...)

4. Del Recurso de Apelación formulado por la apoderada de la demandante

La censura enfoca su disconformidad contra el fallo de instancia exclusivamente al numeral quinto del resuelve, en el que, literalmente se dispuso “**Declarar probada la excepción de fondo de necesidad de demostrar la relación de dependencia, vigilancia y cuidado del conductor y propietario respecto del tercero civilmente responsable, alegada por la sociedad Autotaxi Ejecutivo S.-A, y como consecuencia de lo anterior, se absuelve Autotaxi Ejecutivo S.A de las pretensiones elevadas en la demanda, por los motivos anotados**”.

Para tal efecto, adujo en su proveído el juzgador (numeral 3.1 de la decisión), que **Auto Taxi Ejecutivo de Barranquilla** no ostenta la condición de tercero civilmente responsable, como quiera que “...en el plenario no milita ninguna prueba no documental, testimonial o siquiera una prueba sumaria que dé cuenta que el vehículo de placas UYS - 006 se encuentre vinculado o afiliado a la sociedad aludida...”, y en cuanto la llamada responsabilidad indirecta por el hecho de otro, expuso que tampoco operaba por cuanto “...no está acreditado que el vehículo aludido se encuentre afiliado o vinculado con la sociedad demandada, de tal suerte que esos escolios son razones suficientes para exonerar a la demandada”.

En su alzada, la apelante pone de presente dos realidades concurrentes en el acontecer procesal del asunto, que en efecto, comportan la virtualidad suficiente para revocar la reseñada determinación judicial, tal como se dispondrá en la resolutive de este proveído.

4.1 En primer orden, destacó la inconforme que en el escrito contentivo de la excepción despachada favorablemente de manera expresa el apoderado de la empresa Auto Taxi Ejecutivo Barranquilla S.A. confesó la afiliación del automotor.

La remisión al escrito de contestación de la demanda, permite ver a folios 126 y 127 del plenario, lo expresado por el apoderado de la aludida demandada en los siguientes términos “...que ni el vehículo ni el conductor están bajo la vigilancia ni al servicio del vinculado en este proceso como tercero civilmente responsable (empresa de transporte) lo que sí existe es una vinculación por afiliación porque es la ley en el decreto 172 de 2001 la que establece que solo a través de empresas de transportes habilitadas se podrá prestar el servicio de transporte de pasajero individual taxi, lo que conlleva a que la empresa de transporte está obligada a tramitar la tarjeta de operación del vehículo (art 44 decreto 172 de 2001) y a facilitar las planillas de viaje que adquiere del Ministerio de Transporte, más en ningún momento este vehículo ha sido administrado, ni ha estado al cuidado y la vigilancia de la empresa, ni su conductor fue seleccionado por la empresa, ni tiene vínculo laboral con la misma...”

De donde, la literalidad de los términos de la contestación de la demanda, cumplidamente el argumento del cual se valió el procurador judicial de la empresa de taxis para cimentar la excepción reconocida en primera instancia, sin duda, recoge los elementos tipificadores del instituto procesal de la confesión por apoderado judicial, contenido en el artículo 197 del Código de Procedimiento

Civil³, lo que significa, que en el presente caso, por disposición legal el mandatario judicial de **Auto Taxi Ejecutivo** tenía la facultad para aceptar los hechos que vinculan la sociedad como deudora solidaria de los perjuicios irrogados a la víctima, esto es, la existencia del contrato de afiliación ajustado con el propietario del automotor.

Por lo demás, recuerda la Sala que el contrato de afiliación no es solemne, como parece entenderlo equivocadamente el sentenciador a-quo, pues, tal contrato es de aquellos tildados como consensuales como quiera que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, vale decir, de un lado, el propietario del vehículo, y otro lado, la empresa transportadora, de tal suerte que, la prueba del perfeccionamiento del contrato se gobierna bajo el principio de libertad probatoria, tal como se infiere del decreto 172 de 2001.

4.2. La segunda situación sobre la cual soportó su reproche la apoderada de la víctima contra la exoneración de **Auto Taxi Ejecutivo Barranquilla**, se funda en la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual para transporte de pasajeros arrimada por la Aseguradora Seguros del Estado (Fl 144) con la contestación de la demanda, identificada con el número **123058500046**, cuyo diligenciamiento registra o enseña como “Tomador” a “**AUTOTAXI EJECUTIVO S.A.**”, circunstancia que plenamente verificable con la documental aludida, vigoriza la prosperidad de la impugnación.

Sobre el particular, recuérdese que mediante el **Decreto 172 de 2001**, el Gobierno Nacional reglamentó el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi, y en su artículo 6º, definió tal modo de transporte como “aquel que se presta **bajo la responsabilidad de una empresa de transporte** legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, en forma individual, sin sujeción a rutas ni horarios, donde el usuario fija el lugar o sitio de destino”. Negrilla de la Sala. Para proporcionar dicho servicio, la habilitación de operación para tales compañías de taxis, que implica la autorización para prestar el servicio únicamente en esa modalidad⁴, requiere, entre otras condiciones, certificación del representante legal “*sobre la existencia del programa de revisión y mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio*” y copias de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual respectivas.

Además, la compañía de transporte, es la encargada de atestiguar ante la autoridad de transporte los requisitos para obtener o renovar la tarjeta de operación de los vehículos propios y ajenos, entre otras obligaciones y deberes legales de la empresa afiliadora, que hacen evidente su responsabilidad solidaria con el propietario del automotor de los daños que se causen con los vehículos afiliados a las mismas.

Nos encontramos entonces con una verdadera responsabilidad solidaria por los daños producidos en ejercicio de la actividad peligrosa del transporte automotor, leal entendimiento que también le ha impreso la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al señalar que “Tal cual advirtió el Tribunal por mandato legal, de los daños originados en el ejercicio de la actividad peligrosa del transporte automotor, las empresas transportadoras son responsables solidarias con el propietario del vehículo y los conductores de equipos destinados al servicio público de transporte.

³ **ARTÍCULO 197.** Artículo modificado por el artículo 1, numeral 94 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo [101](#).

⁴ **Artículo 10.** Habilitación. Las empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en Vehículos Taxi, deberán solicitar y obtener habilitación para operar. La habilitación lleva implícita la autorización para la prestación del servicio público de transporte en esta modalidad.

La habilitación concedida autoriza a la empresa para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada. Si la empresa, persona natural o jurídica, pretende prestar el servicio de transporte en una modalidad diferente, debe acreditar ante la autoridad competente de la nueva modalidad, los requisitos de habilitación exigidos....

“En especial, las empresas transportadoras son responsables solidarias del quebranto por la vinculación del automotor (artículos 983 y 991, Código de Comercio; 36, Ley 336 de 1996; 20 y 21 decreto 1554 de 1998), ‘no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control’ (cas.civ. sentencia de 20 de junio de 2005, exp. 7627).

“En consecuencia, por principio la prueba por cualquier medio probatorio idóneo de la afiliación o vinculación del vehículo destinado al transporte, ‘legítima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si ella es la que crea el riesgo...’ (cas. civ. Sentencia número 021 de 1º de febrero de 1992) debe responder por los daños causados, dado que ‘el solo hecho de estar afiliado un vehículo a determinada sociedad, implica que ésta en principio soporte alguna responsabilidad y tenga algún control sobre el vehículo’ (CCXXXI, 2º volumen, 897), quedando comprendido el detrimento en la esfera o círculo de su actividad peligrosa”⁵.

Tesis que fue reiterada en decisión de calendas 19 de diciembre de 2011, con ponencia del Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, Expediente: No. 44001 31 03 001 2001 00050 01, en la cual se expresó que “Condición semejante, esto es, la de guardián, deviene absolutamente procedente, entonces, que sea compartida entre la empresa de transporte y los propietarios del automotor, hipótesis ante la cual, dada la solidaridad que surge para una y otros, cualquiera puede ser involucrado en el proceso respectivo en función de la eventual responsabilidad por los perjuicios generados; luego, en el asunto de esta especie, al margen del posible compromiso de los titulares del dominio del bien con el que se generó el daño, en procura de su resarcimiento, la transportadora estaba legitimada para ser llamada con miras de cubrir los perjuicios generados a los demandantes. Por manera que, aun aceptando, en gracia de discusión, que los propietarios, (...) , tenían tal calidad, no por ello, debía exonerarse a la sociedad Expreso Brasilia S.A., pues la fuente de su responsabilidad, iterase, no puede hallarse exclusivamente en la titularidad del dominio en cabeza de otra persona, natural o jurídica, sino en el vínculo del automotor a su objeto social; esto es, en el control que ejerce por razón de la afiliación del vehículo”.

Por manera que, no hay duda, como quedó visto, que las empresas afiliadoras están llamadas a ejercer sobre los vehículos vinculados verdaderos poderes de dirección y control, y su incumplimiento, como sería el caso de desatender o desentenderse de la verificación de vinculación del conductor, no las exonera de la responsabilidad civil deducida de los hechos dañinos generados con tales rodantes, y por tanto, se revocará el numeral quinto de la providencia atacada.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 983, 991 y 1133 Código de Comercio, Artículos 82 numerales 1-3 y 197 del Código de Procedimiento Civil, Artículo 36 de la Ley 336 de 1996, artículos 20 y 21 del Decreto 1554 de 1998. Sentencias Corte Suprema de Justicia de 20 de junio de 2005 exp 7627 y 19 de diciembre de 2011 M.P. Pedro Munar Cadena exp 2001-0005001.

DEMANDANTE: Viviana Esther Hernández Martínez

DEMANDADO: Marlon Tatis Tejada Y Fernando Jiménez Ventura

LLAMADO EN GARANTÍA: Seguros del Estado S.A.

FECHA: Julio 13 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-10-003-2010-00225-02/37.926

⁵ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de mayo de 2011. Expediente 25290-3103-001-2005-00345-01.

DECISIÓN: Revoca decisión apelada.

2. SALA LABORAL

PENSIÓN ESPECIAL POR HIJO INVÁLIDO-Beneficio que otorga el sistema de seguridad social en Colombia/ Aplica para padre o madre trabajadora/ **ACCIÓN AFIRMATIVA**- Para las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta como es el caso de los inválidos y de los progenitores de estos a cargo de su manutención/**CALIDAD DE ASALARIADO DEL PROGENITOR**- Se requiere que no cuente con alternativa económica diferente a la de su actividad laboral, independientemente de si es trabajadora activa o no

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA

Causa Fáctica: Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión especial consagrada en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Extractos: “Manifiesta la demandada en su defensa, los argumentos expuestos en la resolución GNR 211523 de 2013 para negar la prestación económica a la demandante como es el hecho que ésta no se encontraba en servicio activo al momento en que hizo la solicitud.

Sobre éste aspecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁶, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Considera la Corte que, contrario a lo entendido por el ad quem, el legislador, con la expresión “*madre [o padre] trabajadora [o trabajador]*”, no se refirió en el sentido estricto de que el solicitante tenga vigente el contrato de trabajo al momento de la petición, como lo entendió el ad quem.

De acuerdo con el contexto normativo y por tratarse de una acción afirmativa en pro de quienes se encuentran en condición de debilidad manifiesta como es el caso de los inválidos y de los progenitores de estos a cargo de su manutención, para esta Corte la interpretación acertada de la norma es la que entiende que el titular del derecho establecido en la citada disposición es aquel que vive exclusivamente de su trabajo, en razón a que no cuenta con alternativa económica diferente a la de su actividad laboral, independientemente de si es trabajadora activa o no; cuyo ingreso pecuniario le es indispensable para la manutención de su hijo discapacitado. Todo esto engloba la expresión “*madre trabajadora*”. (Entiéndase, para todos los efectos de esta norma, por trabajadora también “*trabajador*”, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional C-989 de 2006)

Adicionalmente que, por encontrarse afiliada al sistema integral de seguridad social, ya sea como trabajadora dependiente o independiente, sea cotizante activo o inactivo, reúne “*...cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez*”⁷.

La anterior situación del padre o la madre cabeza de familia, más la condición de tener un hijo en estado de invalidez comprobada que depende económicamente de ella (o de él), basta para que la ley le dispense el requisito de edad y le exija solo el mínimo de semanas requerido por el régimen de prima media, para que tenga el derecho a gozar del citado beneficio pensional; de tal manera que pueda dedicarse al cuidado de su hijo sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino del progenitor cabeza de familia.

⁶ Sentencia de noviembre 6 de 2013. M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. SL 785-2013. Radicación No. 40517.

⁷ Inciso 2º Parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003

Nótese como la disposición también dice que *“este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral”*, de donde claramente se ve que el legislador no usa el vocablo *“trabajadora”* únicamente como equivalente a *“trabajadora activa”*, pues está previendo la hipótesis en que la trabajadora o trabajador *“se reincorpora a la fuerza laboral”*, de donde se confirma que la calidad de trabajadora no está ligada, exclusivamente, a la situación de encontrarse laborando, como lo entendió el tribunal.

La interpretación de la Sala no desentona con lo dicho por la Corte Constitucional sobre el tema. Si bien esa Corte, en la sentencia citada por el tribunal en apoyo de su posición, C-294 de 2007, manifestó que *“...solo se tiene derecho a la pensión de vejez anticipada, que regula la norma acusada, si se es trabajador”*, también lo es que no le quiso dar el significado entendido por el ad quem.

Y más adelante en la misma sentencia agregó la Sala de Casación Laboral respecto de la interpretación de la Corte Constitucional:

“En cambio, en la sentencia C-989 de 2006, el Tribunal Constitucional equiparó el concepto de “madre trabajadora” con el de “padre trabajador”, con fundamento en las expresiones de madre o padre cabeza de familia, para efectos de excluir una discriminación por razones de género, en vista que la norma solo decía “madre trabajadora”. Así se expresó en ese entonces:

“...se debe recordar que la Corte ha explicado que las medidas de protección especial previstas a favor de la madre, se encaminan a cobijar al grupo familiar que se encuentra a su cargo, es decir, a los hijos que de ella dependen económicamente. Con ese propósito, el Legislador ha establecido una serie de medidas concretas de apoyo a la madre trabajadora entre otras, en la Ley 790 de 2002, mediante las cuales se busca proteger al núcleo familiar que de ella dependa, el cual se supone está compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar. (Negrillas de esta Sala).

Dichos beneficios tienen por finalidad exclusiva el cumplimiento y desarrollo de los mandatos constitucionales previstos, entre otros, en los artículos 1°, 2°, 13, 42, 43, 44 y 47 superiores, que propenden expresamente por la protección de los derechos de los hijos menores o discapacitados -en este caso- que dependen económicamente de sus progenitores, independientemente de que se trate de la madre o el padre de familia.

En ese orden de ideas, como lo afirma la Vista Fiscal, si lo pretendido por el Legislador a través del establecimiento de ese tipo de medidas de protección particular a favor de las madres -acciones afirmativas-, es beneficiar a los hijos discapacitados que estén a su cargo y cuidado por depender económicamente de ellas, esto con el fin de hacer efectiva la prevalencia de los derechos de que gozan los sujetos de especial protección constitucional -en este caso los disminuidos físicos-; de conformidad con el principio de igualdad no existe, una razón válida que justifique la diferenciación entre los hijos discapacitados cuya atención esté sujeta a la madre cabeza de familia y aquellos que se encuentran al cuidado del padre que fácticamente se encuentra en las mismas circunstancias. (Negrillas de esta Sala).

Es claro entonces, que el beneficio pensional previsto en el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003- para la madre en función de los hijos discapacitados que se encuentren a su cuidado personal y que dependan de ésta económicamente excluye a los hombres -padres cabeza de familia- que se hallen en las mismas condiciones de hecho que dichas madres, razón por la cual en relación con los beneficios antes aludidos no encuentra la Corte que exista un fundamento constitucional en virtud del cual se pueda establecer una diferencia de trato entre los hijos discapacitados -menores o adultos- que están a cargo de la madre cabeza de familia, frente a los que están al cuidado del padre cabeza de familia, esto es, que se encuentra en la misma situación a que alude la disposición en análisis, por cuanto en uno y otro caso

se trata de personas respecto de las cuales el Estado tiene una obligación de protección especial y categórica (arts. 13, 43 y 47 C.P). (Negrillas de esta Sala).

De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención; sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible; sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello, sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia. (Negrillas de esta Sala).

En conclusión, en el caso concreto del inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 - modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003-, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre que i) como lo dispone la norma la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal ibídem, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste. (Negrillas de esta Sala).

Así las cosas, en armonía con reiterada jurisprudencia frente al cargo formulado en el presente proceso por violación del derecho a la igualdad, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión acusada ‘madre’, en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él, y así quedará señalado en la parte resolutive de esta providencia”⁸. (Negrillas de la CC)

La interpretación que aquí adopta la Sala armoniza con la finalidad de la acción afirmativa establecida en la norma en comento, cual es facilitar la rehabilitación del hijo discapacitado, puesto que la madre o padre que tiene a cargo la manutención del hijo inválido puede dedicarse a la atención de su hijo sin perjuicio del ingreso económico indispensable para el sustento del grupo familiar.

La diferencia de trato entre los hijos discapacitados de padre o madre con contrato de trabajo vigente y aquellos a cuyos padres se les terminó el vínculo laboral que trae consigo la decisión del ad quem es abiertamente discriminatoria, amén de que se aparta injustificadamente de la finalidad de la pensión especial en comento.

La interpretación del ad quem supone que el hijo discapacitado con dependencia económica de la madre, o padre, cuyo contrato de trabajo terminó antes de la solicitud del derecho no merece la protección especial consagrada en la norma, no obstante que su situación de indefensión es la misma de aquel cuyo padre tiene vigente el contrato, y que, en ambos casos, la madre, o el padre, deben cumplir con las semanas de cotización requeridos.”

Para finalmente concluir que:

⁸ C-989 de 2006

“En este orden de ideas, encuentra la Sala que el ad quem se equivocó en la interpretación del inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, al exigir como condición, para que nazca el derecho, el que el peticionario de esta pensión especial de vejez sea trabajador o trabajadora activa o con contrato de trabajo vigente, por cuanto se trata de una condición que no se desprende del contexto normativo, ni es de la esencia del beneficio; y se aparta abiertamente, sin justificación, de la finalidad de la acción afirmativa contenida en la citada norma.”

Precisado lo anterior, procede la Sala al estudio de los requisitos de la pensión especial contenida en el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la precitada Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, que son a) ser madre trabajadora o padre trabajador que haya cotizado “*cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez*”; b) tener un hijo inválido que dependa económicamente de la madre o padre cabeza de familia, beneficio que se suspenderá cuando la madre o padre se reincorpore a la fuerza laboral y se mantendrá hasta que el permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre o padre.

No se discute en ésta instancia que la accionante nació el 6 de julio de 1961⁹, que cotizó al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones un total de 1493,14 semanas de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas allegado al plenario por la demandada¹⁰ en el período comprendido entre el 27 de septiembre de 1982 y el 1° de agosto de 1994 en forma interrumpida y del 1° de enero de 1995 al 30 de abril de 2013 en forma continua, ahora al revisar la historia laboral se encuentra en el detalle de pagos en el ciclo de septiembre de 1999 la anotación de “pago aplicado a períodos anteriores” y en el ciclo de marzo de 1998 “Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores”, en los ciclos de agosto de 1999, enero de 2003 y mayo de 2004 se vislumbra un número de semanas cotizadas inferior al reportado por el empleador por pago extemporáneo, circunstancia que considera la Sala no es responsabilidad del trabajador, pues es el empleador quien tiene dicha la obligación y el ente administrador de pensiones la de realizar los cobros por pagos incompletos en el tiempo en existió la vinculación y, no es el trabajador el que debe sufrir las consecuencias de la negligencia del empleador y de la administradora de pensiones, como así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral¹¹. La regulación de tal obligación ha sido plasmada a través del tiempo en los artículos 1°, 6° y 10° del decreto 2665 de 1988, artículo 24 de la ley 100 de 1993, artículos 2°, 3° y 5° del decreto 2663 de 1994, por lo que deben tenerse en cuenta dichos ciclos completos, para un total de 1.499,28 semanas.

Así mismo, se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento de folio 26 que la demandante señora Herlinda Rosa Castañeda Maury es madre de la menor Geraldine Paola Granados Castañeda, quien nació el 16 de octubre de 1999 y en la actualidad cuenta con 15 años de edad, que tiene según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico¹² una pérdida de la capacidad laboral del 91% con fecha de estructuración octubre 16 de 1999, esto es, la fecha de su nacimiento. Se encuentra entonces probado que la demandante es madre de una menor con estado de invalidez el cual se encuentra debidamente calificado y que la padece desde su nacimiento, que depende económicamente de la accionante por ser menor de edad y por hallarse aportadas declaraciones extraproceso de las señoras Tania Margarita Rodríguez Di Muro y Everlide Isabel Castañeda Maury, quienes manifiestan que Geraldine Paola Granados Castañeda depende económicamente para todas sus necesidades de la demandante, quien suministra los recursos económicos para su alimentación especial, vestido transporte y los gastos que ocasiona su invalidez, como pañales, declaraciones a las que se les

⁹ Folio 25

¹⁰ Folios 56 a64

¹¹ Sentencia Octubre 5 de 2010, Radicado No. 41382. M. P. Dr.: Eduardo López Villegas.

¹² Folios 28 y 29

da valor probatorio al asimilarse a documentos declarativos emanados de terceros, que sólo requieren ratificación cuando es solicitado por la parte contra quien se oponen, lo que en éste caso no sucedió, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral¹³. También se encuentra demostrado que la actora tiene cotizadas 1.499,284 semanas, las que resultan suficientes, pues el artículo 33 de la ley 100 de 1993 exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, las que se incrementaron a partir del 1° de enero de 2005 en 50 semanas y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 semanas por cada año hasta llegar a las 1300 semanas para el año en curso, las que inclusive se encuentran superadas, por lo que la demandante tiene derecho a su reconocimiento y pago a partir del 29 de enero de 2013, toda vez que solicitó la prestación el 25 de enero de 2013 y presenta novedad de retiro el 28 de enero de 2013.

Para determinar el monto de la pensión, esto es, el resultado que se obtiene al realizar las operaciones aritméticas tendientes a definir la cuantía de la mesada pensional, es necesario para ello determinar dos factores establecidos por la ley, que son el promedio y el porcentaje.

El primero, esto es, el promedio, tiene su génesis en los salarios o ingresos percibidos sobre los cuales cotizaba el afiliado de acuerdo con su historia laboral y su obtención viene definida en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, cuando señala que el ingreso base de liquidación es el resultado de promediar los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral si acredita un mínimo de 1.250 semanas, salarios o rentas que deben ser actualizados con el IPC.

En el presente caso, la demandante tiene derecho a que se liquide su ingreso base de liquidación con el promedio de salario de toda la vida laboral y de los últimos 10 años y aplicársele el que le sea más favorable. Realizados los cálculos del caso, y de acuerdo con la tabla que se anexará al acta que se levanta al finalizar la audiencia el ingreso base de liquidación obtenido teniendo en cuenta toda la vida laboral asciende a la suma de \$1.073.170,87, caso en el cual debió tomarse el salario mínimo legal de la época en aquellos periodos en los cuales no se encuentra detallado en la historia laboral aportada. Ahora con el promedio de los ingresos de los últimos 10 años se obtuvo un ingreso base de liquidación de \$1.525.508,57, cuantía que le es más favorable y que resultó superior a la considerada por el a-quo, no obstante, como la consulta se surte en favor del I.S.S. se mantendrá el IBL reconocido por el inferior.

El segundo factor, es el porcentaje que se deriva del tiempo necesario para la pensión, esto es, del mínimo de semanas cotizadas que se requieren para acceder a la pensión de vejez y el número de semanas adicionales que se logren acreditar, a las que se les asignan unos porcentajes indicados, en éste caso, en el artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que sobre el particular dispuso:

“El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el

¹³ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, adiada Marzo 6 de 2012, bajo el Radicado No. 43422, con ponencia del Dr. Camilo Tarquino Gallego.

número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

De lo anterior, y realizadas las operaciones aritméticas, las que también se anexarán al acta que se levanta al finalizar ésta audiencia, se obtiene como resultado un porcentaje a aplicar al IBL de \$1.525.508,57 del 70,5%, para una mesada pensional en cuantía de \$1.075.483,54 para el año 2013, condena que resulta superior a la concluida por el a-quo y, siendo que la consulta se surte en favor de Colpensiones no hay lugar a modificar la condena impuesta y se ha de confirmar la sentencia de primer grado.

La parte demandada propuso la excepción de prescripción, la que se ha declarar no probada, toda vez que desde la fecha de solicitud de la pensión y de reconocimiento de la misma, enero de 2013, no han transcurrido los tres años que señala los artículo 488 del CST y 151 del CPL y SS, que permita la declaratoria parcial de mesada pensional alguna, pues en todo caso, los tres años vencerían en enero del año 2016.

Del contenido del artículo 141 de la ley 100 de 1993, se desprende con claridad que éstos proceden, frente a la mora en el pago de las mesadas pensionales, siendo del caso anotar que éstos intereses deben aplicarse a todo tipo de pensiones y ello ha sido así considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de mayo 24 de 2000 con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz y, que se deben una vez vencido el término que la ley concede a la administradora de pensiones para proceder al reconocimiento y pago de la prestación, según criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral¹⁴ acogido por ésta Sala de Decisión.

En el presente caso, la demandante elevó solicitud de pensión el 25 de enero de 2013, venciendo el término de cuatro meses, según lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en el inciso 3° del párrafo 1°, el 25 de mayo de 2013, y la Administradora vino a resolver negativamente la solicitud de pensión en agosto de 2013, por lo que se deben los intereses a partir del 26 de mayo de 2013 como acertadamente concluyó el a quo, por lo que se confirmará la sentencia consultada en todas sus partes.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 33 párrafo 4, 34 y 141 de la Ley 100 de 1993, Sentencia C-227 de marzo 8 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de noviembre 6 del 2013, radicada 40517 y del 12 de Noviembre de 2014, M.P. José Mauricio Burgos Ruiz, Acto legislativo 001 de 2005.

FECHA: Junio 3 de 2015

DEMANDANTE: Herlinda Rosa Castañeda

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-005-2014-00254-01/53608 / 12709

DECISIÓN: Confirma sentencia consultada.

¹⁴ Sentencia de Junio 4 de 2008. M.P. Dr. Eduardo López Villegas. Expediente No. 32141.

ALCOHOLISMO-Como enfermedad profesional/ No se probó/ Dictamen de Junta de Calificación de Invalidez quedó en firme/ **DEBERES DE CUIDADO DEL EMPLEADOR**- Omisión por falta de dispositivos electrónicos o humanos que imposibiliten el acceso a las plantas de cerveza/ **CATADOR DE CERVEZA**- No es dable concluir que casi al finalizar su jornada laboral su porcentaje de alcolimetría fuera de 0.0%/ **PRUEBA ORGANOLEPTICA**- Fue proscrita con posterioridad al despido del demandante/
DESPIDO INJUSTO-Indemnización a cargo del empleador/Tasación

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. OMAR ANGEL MEJIA AMADOR

Causa fáctica: Pretende el actor se declare ineficaz su despido, pues, antes del retiro adquirió la enfermedad profesional de alcoholismo, necesitando, por ende, autorización para despedirlo del Ministerio del Trabajo. En consecuencia, solicita su reintegro al cargo que venía desempeñando y el pago de sus emolumentos salariales dejados de percibir.

Extractos: “En el caso bajo estudio, con la valoración realizada por la Junta Regional de Calificación del Atlántico, se pudo establecer que la enfermedad de alcoholismo que padece el demandante es de origen común y, tal situación no fue debatida por ninguna de las partes, es más, el dictamen emanado de la junta mencionada fue puesto de presente a las partes en audiencia realizada el 15 de marzo de 2013 y, frente al mismo, no se presentó objeción alguna. Luego entonces, si el demandante no estaba de acuerdo con el origen de la enfermedad que padece, debió en aquella oportunidad presentar la objeción respectiva y, no esperar para mostrar su inconformismo al interior del recurso de apelación contra la sentencia, pues, con su decisión de no objetar el dictamen en oportunidad, lo convalidó, debiendo recordársele que las oportunidades procesales son taxativas, por lo que, debe hacerse uso de ellas en el momento procesal oportuno y no después de fenecidos los términos. Así las cosas, no es del caso reconocer la indemnización total y ordinaria por perjuicios de que trata el artículo 216 del C.S.T.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de indemnización por despido injusto, señalando que la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, en sentencia de fecha 14 de agosto de 2007, radicación No. 29.213, recordó que al trabajador le basta con demostrar el despido y al empleador le corresponde probar que su antiguo trabajador incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

Frente a la necesidad de que el trabajador sea oído en descargos previo a su despido, se hace necesario traer a colación lo dicho por la honorable Corte Constitucional, en sentencia C - 299 de 1998, en la que se dispuso declarar exequible el numeral 3 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que para aplicar esta causal es requisito indispensable que se oiga previamente al trabajador el ejercicio del derecho de defensa. De igual manera, la Sala Novena de revisión de esa misma Corporación, mediante sentencia T - 385 de 2006, extendió el requisito ante dicho, pues, indicó que no solo se aplica al numeral 3 del literal a) del artículo 62 del C.S.T.S.S. sino que:

“... en lo referente a los alcances del derecho a la defensa en cuanto a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, la Corte Constitucional ha reafirmado que el empleador tiene la obligación de manifestarle al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales está dando por terminado con justa causa su contrato de trabajo, así como determinó a favor del trabajador, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa frente al empleador, antes de que se lleve a cabo la terminación del contrato de trabajo. Así mismo, que el empleador tiene la obligación de

darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, antes del despido”

Esta interpretación es necesaria a efectos de garantizar el deber de lealtad que debe existir en todos los contratos y que, de conformidad con el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo es aplicable a los contratos laborales.

En el caso bajo estudio, no es punto de discusión que la relación laboral entre las partes finalizó por decisión de la demandada, siendo los motivos de ello, los que se expusieron en la carta de despido visible a folios 14 a 16 del expediente, con lo que se acredita que el actor cumplió con la demostración del hecho del despido, restando por establecer si la demandada cumplió con el deber constitucional que le asistía de escuchar en descargos al demandante previo a su despido y, además de ello, determinar si logró acreditar que la relación laboral entre las partes terminó por una justa causa comprobada. Sea del caso advertir, que la Sala analizará como causales o motivos de terminación del contrato de trabajo, solamente los que se expusieron en la carta de despido antes mencionada, toda vez, que el artículo 66 del C.S.T. no permite que con posterioridad a la terminación de la relación laboral se endilguen causales o motivos distintos a los que dieron origen a ella.

A folios 18 a 23 del expediente obra el acta de descargos que se le realizó al demandante por los hechos que se le imputaron en la carta de despido. Luego entonces, se tiene que la demandada cumplió con el deber constitucional de oír en descargos al demandante previo a su despido, brindándole la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa, con lo que respetó las garantías constitucionales a que se ha hecho alusión.

Ahora bien, en cuanto a las razones que expuso la demandada para dar por finalizada la relación laboral, tiene la Sala que ellas no pueden ser descartadas de plano bajo los argumentos del apelante, es decir, que Bavaria S.A. no expuso con precisión la causal o motivo específico para justificar el despido, pues, de la simple lectura a la carta de despido visible a folios 14 a 16, se desprende que se expusieron con precisión y vehemencia no solo los motivos sino también una causal que justificaba su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, siendo los motivos de esa determinación los siguientes:

- ✓ No poder localizar al demandante en su puesto de trabajo durante aproximadamente 50 minutos el día 25 de enero de 2009, lo que constituye un abandono de cargo y de funciones.
- ✓ Haber arrojado un resultado de 0.82 grados en la prueba de alcoholimetría que se le practicó el 25 de enero de 2009, cuando el permitido por la empresa es de 0.00 grados.

En cuanto a la causal de terminación que expuso la enjuiciada, corresponde a la contemplada en el literal A del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965.

En este punto, se hace necesario recordar que el artículo 66 del C.S.T., enseña que la parte que termina la relación laboral es quien debe manifestarle a la otra la causal de terminación de la relación laboral o el motivo de esa determinación, no exigiendo la norma mencionada la necesidad de la concurrencia de ambas circunstancias, pues, resulta suficiente con que se haga alusión a una de ellas. Sin embargo, como se expuso, en el caso bajo estudio Bavaria no se limitó a una de ellas, sino, que expuso tanto causales como motivos para finalizar la relación laboral.

Aclarado lo anterior, debe enfatizar la Sala que solo se verificará si constituye una justa causa para dar por finalizada la relación laboral el hecho de haber arrojado el demandante un resultado de

0.82% en la prueba de alcoholimetría que se le practicó el 25 de enero de 2009, cuando el permitido por la demandada es de 0.00%, toda vez, que la causal y los demás motivos expuestos en la carta de despido, no fueron considerados como justa causa por la jueza de primera instancia, sin que ello fuera motivo de apelación por ninguna de las partes y habida consideración al principio de la no reforma en peor previsto en el artículo 31 Superior.

En atención de lo antedicho, tiene la Sala que el motivo que expuso la demandada para finalizar la relación laboral se encuentra correlacionado con la prohibición contemplada en el numeral 2 del artículo 60 del C.S.T., en concordancia con el 6ª del artículo 62 de la misma, la que consagra “Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes”, prohibición que resulta aplicable al motivo señalado en la carta de despido, pues, si bien es cierto, con las pruebas testimoniales, interrogatorio de parte y acta de descargos se estableció que el demandante no ingresó a laborar en estado de embriaguez, como se aduce en el recurso, también lo es, que se probó que ingirió bebidas alcohólicas durante la ejecución de la jornada de trabajo.

Sobre lo expuesto, es del caso señalar, que de vieja data la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia zanjó cualquier discusión que pudiera existir sobre sí la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 60 del C.S.T. se aplica solo en aquellos eventos en los que el trabajador ingresa en estado de embriaguez o si se aplica de igual modo cuando el consumo de bebidas embriagantes se hace al interior de la empresa, en efecto, en sentencia del 21 de abril de 1999, expediente No. 11569, M.P. Dr. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, anotó que dicha causal se aplica en ambas circunstancias, de manera concreta dijo:

“...es atinado el reproche del casacionista al tribunal por haber impartido una hermenéutica errónea al numeral 2º del artículo 60 del código, pues como lo anotó, si presentarse embriagado al trabajo es conducta prohibida, con la misma razón es laboralmente punible, en idéntica forma, el hecho de ingerir licor en el recinto de la empresa y mostrar así síntomas propios de ebriedad, porque lo que la Ley proscribire es la embriaguez del trabajador que anule o perturbe su capacidad de laborar, siendo circunstancia meramente adjetiva que el dicho trabajador haya ingerido licor hasta embriagarse fuera del recinto de la empresa o en el interior de ella - lo que resulta más grave aún por el abandono transitorio del servicio, en vez de trabajar - porque de todos modos se produce la ineptitud para laborar”.

Ahora bien, sobre la gravedad de que un trabajador se presente a laborar en estado de embriaguez, esa misma Corporación en sentencia de 18 de junio de 2014, rad. 38381, anotó:

“Respecto de la gravedad del hecho de que un trabajador se presente al trabajo en estado de embriaguez, vale la pena advertir que, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Sustantivo del Trabajo presume que, de por sí, ese tipo de comportamiento resulta contrario al recto desempeño de las obligaciones laborales, pues lo consigna expresamente como una «prohibición a los trabajadores», en el numeral 2 del artículo 60. Esta Sala de la Corte ha explicado, por su parte, que esa limitación tiene su razón de ser en la preservación de bienes jurídicos de significativa importancia, como la prestación del servicio en óptimas condiciones y la prevención de riesgos para la integridad del trabajador, de sus compañeros y de los bienes de la empresa. En la sentencia CSJ SL 3 oct. 2006, rad. 27762, se adoctrinó al respecto:

Conforme a lo expuesto en la sentencia citada por el Tribunal, la expresa prohibición del numeral 2o del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, de presentarse el trabajador a su lugar de labor en estado de embriaguez, tiene su verdadero fundamento, como así lo ha entendido la jurisprudencia, en la exigencia del legislador al trabajador de “prestar el servicio en condiciones aptas que reflejen el

pleno uso de sus facultades psíquicas, intelectivas, físicas, sin que factores imputables a su propia conducta alteren, aminoren o enerven su normal capacidad de trabajo".

Adicionalmente la Corte en dicha sentencia, que resulta vigente para este caso, no sólo por la citación que de ella hizo el Tribunal sino por lo apropiado del tema, asentó que el bien jurídico protegido por la disposición en cita, es la capacidad ordinaria de laborar del trabajador, puesto que una persona en esas condiciones dentro de su ámbito laboral, "puede representar un peligro para sí y para los compañeros de labor". Pues además de que se menguan sus plenas facultades para desarrollar su tarea en las condiciones convenidas, atenta también "contra el deber de prestar óptimamente el servicio, lesiona la disciplina del establecimiento, da un mal ejemplo a los demás trabajadores y puede comportar riesgos de seguridad industrial".

Ahora bien, la Corte entiende que el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez, de por sí calificado como negativo en la legislación laboral interna, puede tener diferentes niveles de gravedad, en función de las labores que desempeñe el trabajador y del entorno profesional dentro del cual se sitúe. Por ello, la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de una decisión de despido deben ser examinadas en relación con las circunstancias particulares de cada caso y, de cualquier manera, atendiendo factores tales como, la labor que desarrolla el trabajador, el contexto y las demás condiciones medioambientales en las que se desarrolla la labor.

...

Tras ello, es dable concluir que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede constituirse en una justa causa de despido, si se considera grave por el respectivo juzgador, en función de las condiciones medio ambientales del trabajo (Ver CSJ SL 12 jul. 2006, rad. 28802), o si de antemano ha sido considerado como grave, en alguna convención colectiva, pacto colectivo, contrato de trabajo o reglamento interno".

En el caso bajo estudio, considera la Sala que la decisión de la demandada de dar por finalizada la relación laboral del demandante al haber arrojado 0.82% en la prueba de alcoholimetría que se le realizó el día 25 de enero de 2009, no constituye una justa causa para dar por finalizada la relación laboral, toda vez, que en la carta de despido se adujo que en la empresa solo están permitidos resultados de 0.00%, sin que exista en el expediente la prueba mediante la cual la demandada impuso esa obligación al demandante, pues se echa de menos el reglamento de trabajo, que es el medio idóneo para pactar este tipo de obligaciones entre empleador y trabajadores.

De otro lado, se tiene que si en gracia de discusión la Sala admitiera la obligación del demandante de permanecer sobrio durante la jornada de trabajo, se observa que ese porcentaje del 0.00% está señalado en forma generalizada para todos los trabajadores de la enjuiciada, sin tener en cuenta las condiciones especiales del cargo de filtrador en el área de elaboración, para la época del despido, que desempeñó el demandante del 1 de abril de 2007 al 2 de febrero de 2009, toda vez, que con los testimonios de los filtradores que actualmente laboran al servicio de la demandada y que acudieron al proceso mediante prueba de oficio decretada por la jueza de primera instancia, se pudo establecer que el demandante en ejercicio de sus funciones debía catar o probar las bebidas alcohólicas que en aquella época producía quien fuera su empleadora mediante una prueba denominada organoléptica, prueba cuya práctica fue proscrita al interior de la enjuiciada, una vez acaecieron los hechos del 25 de enero de 2009, tal como lo relataron los testimonios mencionados anteriormente.

Luego entonces, en razón de la función específica que tenía el demandante de catar o de realizar la prueba organoléptica en ejercicio de sus funciones de filtrador, no es dable concluir que el porcentaje de alcoholimetría a él permitido fuera del 0.00%, cuando precisamente, en desarrollo de su jornada laboral debía catar o probar bebidas alcohólicas, por tanto, era deber de la demandada aportar al proceso las pruebas que acreditaran el porcentaje máximo de alcohol permitido al demandante en cada una de las distintas horas en las que realizaban las catas o pruebas organolépticas, ya que, resulta lógico que en la medida que transcurría su jornada laboral los

porcentajes de alcohol en su sangre iban aumentando, por tanto, desconoce la Sala cual era el porcentaje máximo que la demandada tenía o debía tener como permitido acumular al demandante a las 2:50 horas de la tarde, ya casi al finalizar la jornada de trabajo del 25 de enero de 2009, hora que corresponde a aquella en que se le practicó la prueba de alcoholimetría, tal como se acredita con la documental visible a folio 260, máxime, cuando solo le restaban 1 hora y 10 minutos para finalizar la jornada laboral, teniendo en cuenta que ese día el demandante, como se indicó en el acta de descargos, la carta de despido, su declaración de parte y como lo relataron algunos de los testigos, tenía turno de las 8 a las 16 horas, o lo que es igual, de las 8:00 AM a las 4 P.M., es decir, que la hora en que practicó la prueba de alcoholimetría correspondía a aquella en la que el demandante había probado más alcohol en desarrollo de sus funciones.

De otro lado, es del caso precisar, que no desconoce la Sala que el demandante reconoció que el 25 de enero de 2009 bebió unos vasos de cerveza y no en ejercicio de sus labores, lo que además se probó sus dichos en el acta de descargos. No obstante ser cierto lo anterior, no es dable atribuirle los 0.82% de la prueba de alcoholimetría a ese hecho, pues, se itera, el demandante debía probar o catar la cerveza, por tanto, se desconoce en qué medida pudo afectar ese hecho el resultado de la prueba realizada.

En este punto, debe mencionarse que en el proceso se acreditó que la enjuiciada no tenía para el tiempo del despido desarrollado un dispositivo de seguridad electrónica o humana que imposibilite a sus trabajadores que consuman las bebidas alcohólicas que produce en su interior, pues, se probó que basta con abrir unas plumillas que se encuentran conectadas a los tanques que guardan el producto, para que una persona pueda servirse uno o varios vasos de cerveza, por tanto, no está cumpliendo en debida forma con su deber de cuidado, no solo para con sus trabajadores, sino para con los consumidores externos de ese producto, ya que, ello puede ocasionar que sus trabajadores estén ingiriendo bebidas alcohólicas sin que sistema alguno se los imposibilite y sin que se detecte, pues, también se probó que las pruebas de alcoholimetría son esporádicas y realizadas solo a petición de una situación irregular, lo que a la postre podría repercutir en una emergencia que atente contra la salud pública, ya que, al no restringir el acceso a las plumillas que contienen la cerveza, desconoce el grado de alcohol y la lucidez con que sus trabajadores están trabajando y los óptimos resultados de sus procesos de producción, por ende, se le hace un llamado de atención a Bavaria S.A. para que cumpla con el deber de cuidado que como empleador y distribuidor de productos de consumo masivo le asiste, imposibilitando el acceso de personal no autorizado a bebidas alcohólicas en ejercicio de sus funciones.

Resultan suficientes las consideraciones que se expusieron, para que la Sala no tenga como justa causa de finalización de la relación laboral el motivo de haber arrojado el demandante un porcentaje de 0.82 en la prueba de alcoholimetría que se le practicó el día 25 de enero de 2009 a las 2:50 P.M., por lo que, le asiste derecho al reconocimiento y pago de una indemnización por despido injusto en los términos del literal d) del artículo 6 de la ley 50 de 1990, a saber, “...cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción”. Lo anterior, teniendo en cuenta que el demandante comenzó a laborar al servicio de la demandada el día 4 de agosto de 1988, por lo que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, la que modificó el artículo 64 del C.S.T. subrogado por el artículo 60. de la Ley 50 de 1990, tenía más de 10 años al servicio de la demandada, siéndole aplicable el párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 789 de 2002, (...)

FUENTE NORMATIVA: Artículos 55, 66, 60 numeral 2º, 62 numeral 6º, 216 del C.S.T., Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral: Sentencias de 14 de agosto de 2007, radicación 29.213, 21 de abril de 1999,

radicación 11.569, 18 de junio de 2014, radicación 38.381, Corte Constitucional: Sentencias C-299 de 1998 y T-385 de 2006, Artículo 31 Constitucional.

FECHA: Junio 30 de 2015

DEMANDANTE: Narciso Llanos Hernández

DEMANDADO: Bavaria S.A. y Arl Sura

RADICACIÓN: 08-001-31-05-015-2011-00092-01/ 51.104-A.

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Condena por despido injusto. Absuelve de las demás pretensiones.

3. SALA PENAL

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL- Preacuerdos/ Manifestación de la justicia premial/**COMISIÓN DE LA CONDUCTA PREVARICADORA-** Se materializó en sendas decisiones judiciales donde se pervirtió el procedimiento reglado para el trámite de los procesos ejecutivos/**SUBROGADO PENAL-** Prisión Domiciliaria/ Fue cobijado por el preacuerdo suscrito con la Fiscalía/ Conducta previa permite inferir que no existe peligro en evadir el cumplimiento de la pena

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la Sala de Decisión aprueba la negociación efectuada entre un funcionario judicial y la Fiscalía, por los delitos de prevaricato por acción y omisión, conducta desplegada por el procesado, la cual fue aceptada a cambio de una rebaja de su pena y el otorgamiento del subrogado penal de prisión domiciliaria.

Extractos: “Sobre los preacuerdos y con ocasión de una demanda de inexecutable que se presentara ante la Corte Constitucional, está en la sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005, estimó que una vez agotado el proceso del preacuerdo y que se ajustara a la contemplación jurídica adecuada del tipo penal objeto de acusación, ha de tenerse a la manifestación clara, libre, expresa y voluntaria del acusado de aceptar los cargos que le formulara la Fiscalía General de la Nación, como una confesión suficiente en asocio con los elementos materiales o evidencias físicas legalmente copiados para proferir sentencia condenatoria sin mayores elucubraciones o premisas antecedentes consecuentes como si se tratara de un estudio dialéctico que es naturalístico de las teorías de las partes -Fiscalía General de la Nación y defensa- enfrentadas en un juicio oral ordinario, así se expresó:

“Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquél es su autor o partícipe. Según lo previsto en el Art. 380 de la ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Además, los acuerdos de esta naturaleza son potestativos de la Fiscalía y el procesado, la primera para renunciar al proseguimiento de la acción penal y el segundo, para autoincriminarse y dejar de lado el derecho a defenderse en un debate oral y público; sin perjuicio, por supuesto de la

observancia estricta de las normas que lo regulan y sobretodo de las garantías fundamentales y el principio de legalidad de los cuales no pueden estar desprovistos.

Este Tribunal, el 03 de junio de este año analizó la viabilidad de aprobar el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el imputado, y luego de haberse verificado que el doctor xxxxxxxxxx, por iniciativa propia aceptara de forma libre, consiente y voluntaria la imputación de cargos que le hiciera la Fiscalía General de la Nación, por el concurso de delitos de *prevaricatos por acción y por omisión*, se procedió a darle aprobación.

Tales conductas como lo prevén los artículos 9 al 12 del C.P., se consideran típicas porque se ejecutaron con conocimiento y con voluntad de su realización, razón por la cual se encuentran configurados los injustos de *prevaricatos por acción - siete en total y prevaricato por omisión*, que la Fiscalía preacordó con el doctor XXXXXX, porque éste en su condición de Juez xxxxxxx de esta urbe, profirió dentro del proceso ejecutivo promovido por la sociedad Depósito Dental Universitario S.A.S., contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM-, donde posteriormente se acumularon las demandas de la sociedad Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S y la Clínica Jaller, una serie de decisiones manifiestamente contrarias a la ley y donde también retardó el cumplimiento de un acto propio de sus funciones procurando la apropiación de dineros de las arcas del Estado, según las evidencias y elementos materiales recaudados, calidad de ilegalidad de estos actos de jurisdicción aceptados de manera libre, consciente y voluntaria por parte del aquí acusado a quien entre otras cosas se le informó previamente de las trascendencia de esta aceptación contando con la presencia de su defensor técnico quien coadyuvó con su asesoramiento la manifestación que hace para declinar la no autoincriminación y abandonar el ejercicio del derecho de defensa que le asiste como garantía constitucional frente a la acusación de la Fiscalía.

De modo que las conclusiones que se extractan del preacuerdo para tenerlas en la sentencia condenatoria de nuestro resorte como manifiestamente ilegal son las siguientes:

(i) Que los mandamientos de pago proferidos en contra de CAPRECOM, a favor de la demandante sociedad Depósito Dental Universitario S.A.S. y a favor de la Sociedad Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S., se dictaron pasando por alto las inconsistencias en los títulos ejecutivos y los documentos que acompañaron las demandas, como por ejemplo en los nombres de las partes que suscribieron las actas de conciliación, la fecha de la celebración de las mismas donde aún no figuraba como gerente de la entidad demandada quien firmaba el acta, los números de identificación de los apoderados judiciales, y las enmendaduras en el certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S., que además presentaba un año de creación en 2002, cuando en el ordenamiento jurídico colombiano este tipo de sociedades solo surgió a partir del mes de diciembre del año 2008.

(ii) Las notificaciones personales de los mandamientos de pago a la entidad CAPRECOM, no fueron realizadas en debida forma en razón a que se dirigieron a dirección distinta de la que fuere aportada en el libelo de la demanda. Posteriormente, logro constatarse que el sello de recibido y la firma que fueron signadas en las citaciones y avisos dirigidas a la entidad, eran falsas.

(iii) Luego de haberse acreditado la notificación por aviso a la entidad, que fue como se dijo en acápite anterior, completamente irregular, se solicitaron las medidas cautelares en contra de CAPRECOM, mismas que fueron decretadas de conformidad con la solicitud del apoderado de la demandada Depósito Dental Universitario S.A.S., con el objetivo de evadir el pago de la caución prendaria señalada en el artículo 513 del C.P.C., sin que el entonces Juez XXXXXXXXXXX, advirtiera

tales irregularidades antes de ordenar el embargo y secuestro de los dineros de la entidad que reposaran en los diferentes bancos de la ciudad hasta la suma de \$4.746.914.901.oo.

(iii) Siguió adelante la ejecución en contra de CAPRECOM, sin hacer un estudio minucioso del proceso, especialmente, de la demanda inicial y las acumuladas, con el que sin dudas hubiera advertido que no sólo las actas de conciliación, los contratos y facturas carecían de contenido que pudiera traducirse en obligaciones claras, expresas y exigibles, sino que también hubiera encontrado que la notificación a la demandada no fue surtida en debida forma. De lo contrario, su decisión debía ser la revocatoria del mandamiento de pago o la declaratoria de nulidad del proceso ejecutivo.

(iv) Que luego de haber ordenado el pago de un depósito judicial que cubría el monto de la obligación liquidada con sus intereses hasta el 14 de diciembre de 2012 y las costas aprobadas en enero 31 de 2013, aprobó una segunda reliquidación presentada por el apoderado de Depósito Dental Universitario S.A.S., donde se incluían los intereses ya pagados de los meses noviembre y diciembre e intereses moratorios hasta el 5 de julio de 2013, quebrantando las normas de derecho civil, comercial y procesal civil. No sin antes advertir que para antes de aprobar la liquidación presentada por el apoderado de la sociedad demandante el 15 de julio de 2013, el Juez desatendió una solicitud anterior que había sido presentada desde 19 de febrero de 2013. La segunda solicitud fue atendida días después de presentada.

(v) El Juez acusado decidió ordenar el fraccionamiento de un depósito judicial atendiendo a los valores acordados por las sociedades demandantes que recibirían el pago - Depósito Dental Universitario S.A.S. y Sociedad Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S. - sin tener en cuenta que dichos valores sobrepasaban la liquidación del crédito que había sido aprobada.

El artículo 381 del C.P.P., señala que:

“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

Con toda la sindéresis expuesta en acápites precedentes y dadas las especiales condiciones normativas de la terminación anticipada de un proceso penal mediante la figura del preacuerdo este Tribunal, considera que sin dudas, la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado se establecen claramente en este escenario procesal con:

- 1.- La denuncia penal formulada por la Directora Encargada de CAPRECOM EPS, Seccional Atlántico, con sus respectivos anexos y las posteriores entrevistas que rindiera ante el ente investigador.
- 2.- Inspección practicada por la policía judicial en el Juzgado xxxxxxxx, concretamente al proceso ejecutivo singular N° 2012-00258, donde aparece como demandante Depósito Dental Universitario S.A.S., en contra de CAPRECOM. Se obtuvieron copias de los cuadernos, incluyendo el de medidas cautelares.
- 3.- Inspección practicada en oficina judicial el 13 de febrero de 2014, mediante la cual se constata que la entrega de 34 títulos judiciales a Belford Enrique Martínez González. Se obtuvieron las actas de entrega.
- 4.- Informes de los investigadores de campo donde se informa sobre la existencia de cuentas de ahorro de los señores Ramiro Iván Urina Ramos y Belford Martínez González en el Banco Agrario de Colombia, oficina principal.

5.- Solicitud de búsqueda selectiva en base de datos, para tener acceso a los movimientos de la cuenta de ahorros, cuyos titulares son Ramiro Iván Urina Ramos y Belford Martínez González, su respectiva autorización por parte del Juzgado Décimo Penal de Control de Garantías de Barranquilla, y su materialización incorporada en el formato FPJ11 de 26 de febrero de 2014.

6.- Informes de investigador con los que se allegan los certificados de existencia y representación legal de las sociedades Depósito Dental Universitario S.A.S y Sociedad Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S.

7.- Solicitud de búsqueda selectiva en base de datos y suspensión del poder dispositivo, su respectiva autorización por parte del Juzgado Sexto Penal de Control de Garantías de Barranquilla.

8.- Acta de inspección al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, concretamente al proceso ordinario 2012-00258. Además se identifica al procesado xxxxxxxxxx y a Belford Enrique Martínez González y Ramiro Iván Urina Ramos.

9.- Oficio número 187 de fecha marzo 5 de 2014 suscrito por el Juez xxxxxxxxxxxx, en donde adjunta la certificación de los nombres, apellidos, número de identificación, cargo y funciones de los empleados de su despacho para los años 2012-2013.

10.- Entrevista recibida a la Sra. XXXXXXX, oficial mayor del Juzgado XXXXXXX. En esta entrevista apporto un listado o reporte de títulos judiciales cancelados y otros constituidos, es decir, no cancelados. Todo ello dentro del proceso con radicación 258-2012.

11.- Informe de investigador de campo FPJ11 de fecha 10 de marzo de 2014, suscrito por la servidora de policía judicial del grupo de delitos informáticos Pegui Milena Pacheco Arias, mediante el cual comunica que el proceso 258-2012 fue repartido el día 28 de agosto de 2012 a las 08:52:14.

12.- Oficio número 0192 de fecha marzo 10 de 2014 donde el secretario del Juzgado xxxxxxxxx, remite copia del auto de fecha marzo 7 de 2014, por medio del cual ese despacho se abstiene de seguir con el trámite del proceso en las acciones ejecutivas instauradas por los demandantes Deposito Dental Universitario S.A.S y Colombiana de Gestión y Procesos S.A.S, radicación número 258-2012.

13.- Oficio número 000627 de fecha 12 de marzo de 2014 y 000881 de fecha 7 de abril de 2014, suscritos por Claire Constanza Hernández Rodríguez, Jefe de división de procesos judiciales encargada, de Caprecom donde remite el acta número 21 celebrada por el comité de defensa judicial y conciliación de fecha 2 de junio de 2010, suscrita, entre otros, por el director general de Caprecom, Carlos Tadeo Giraldo Gómez.

14.- Oficio número 000747 suscrito por Sergio Iván Kunzel Maury, en su condición de director encargado de Caprecom EPS- territorial Atlántico, en donde certifica que los contratos CR08-213-DEL 02/08/2006 y del 08040-2009 del 02/01/2009 no fueron elaborados en ese territorial ni reposa en los archivos de esa entidad; advierte que ese tipo de nomenclatura de contratos no cumple con la que tiene vigente la entidad bajo la Resolución 02395 del 14 de octubre de 2008, ratificada por la circular 057 de la misma fecha. Anexa las Resoluciones 00527 del 14 de abril de 1997, 003240 de 31 de diciembre de 2007, y un procedimiento de conciliaciones, documentos que anexa esa comunicación.

15.- Solicitud de audiencias preliminares de restablecimiento del derecho y suspensión del poder dispositivo del dominio de fecha 12 de marzo de 2014, en las que se peticiona, el levantamiento de medidas cautelares impartidas dentro del proceso 258-2012 que cursa en el Juzgado XXXXXXX, así como la suspensión del poder dispositivo de la suma de \$3.759.047.367.79; dinero que se encontraba en títulos judiciales a favor del despacho antes mencionado.

16.- Constancia emitida por el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla de fecha 12 de marzo de 2014, mediante la cual se ordenó, por el término de seis meses, el restablecimiento del derecho, levantándose las medidas cautelares de embargo y secuestro proferidas dentro del proceso número 258-2012, ordenando oficiar al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, y a los Bancos donde aparece cuentahabiente la entidad Caprecom, en tal sentido.

17.- En la misma constancia el Juzgado ordenó la suspensión del poder dispositivo del dominio, congelando sumas de dineros contentivas en 77 depósitos judiciales en cuantía de \$3.759.047.367.79 y de las que siguieren llegando razón del proceso ejecutivo singular de radicado 258-2012, por el termino de 6 meses. A esta se adjuntaron los oficios mencionados.

18.- Fotocopia del oficio 000214 de fecha 19 de febrero de 2014, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura suscrito por Sebastián García Valencia, profesional universitario de la oficina de recursos humanos, mediante la cual allega acta de posesión del Dr. XXXXXXX en su calidad de Juez XXXXXXX.

19.- Entrevista recepcionadas al señor Arlinton de Jesús Sarmiento Insignares los días 13 y 14 de marzo de 2014.

20.- Entrevista recepcionada al doctor Gregorio Alfonso Peñaranda Narváez el día 19 de marzo de 2014.

21.- Oficio sin número suscrito por el Dr. XXXXXXXXX en el que detalla la suma de dinero entregada en el proceso con radicación 258-2012, anexando 37 copias de órdenes de pago.

22.- Oficio 269 del 31 de marzo de 2014 suscrito por el Dr. XXXXXXX, Juez XXXXXXXXX mediante el cual allega sendas fotocopias de órdenes de pago de depósitos judiciales a favor de Ramiro Iván Urina Ramos por \$3.721.150.621.42 y a Belford Enrique Martínez González por valor de \$113.423.031.25.

Informe de investigador de campo FPJ11 de fecha 21 de abril de 2014 suscrito por Aida Luz Parra Pérez, investigador criminalístico II grupo de delitos contra la administración pública del CTI, en donde realiza análisis a los títulos judiciales con los movimientos bancarios de las cuentas de ahorro a nombre de Belford Enrique Martínez González y Ramiro Iván Urina Ramos.

23.- Diligencia de interrogatorio de fecha 21 de abril de 2014, recepcionada por la policía judicial al Dr. XXXXXXXXXXXX, quien manifestó que hacía uso del derecho a guardar silencio.

24.- Diligencia de interrogatorio de fecha 21 de abril de 2014, recepcionada por la policía judicial al Dr. XXXXXXXXXXXX, quien manifestó que hacía uso del derecho a guardar silencio.

25.- Oficio número 001119 de fecha 29 de abril de 2014, suscrito por Sebastián José García Valencia, profesional universitario de la oficina de recursos humanos, en donde nos envía la hoja de vida del señor XXXXXXXXXXXXXXXX, donde se encuentran los Decretos y las Actas de posesión, como secretario del Juzgado XXXXXXXXXXXXXXXX.

26.- Informe rendido por la policía judicial, relacionado con la información adquirida en sitio web, donde permite que los usuarios suban y compartan videos, llamado YouTube; de las noticias presentadas por el noticiero Noticias Uno de fecha 13 de abril de 2014.

27.- Informe de investigador de campo de fecha 09 de mayo de 2014, suscrito por el Investigador Diego Andrés Araujo Aguirre, donde anexa CD que contiene noticias del cartel de embargos a Caprecom y Humana Vivir, del noticiero Noticias Uno, edición del 13 de abril de 2014, que encuentra en la red pública YouTube.

28.- Interrogatorio rendido por el señor Julián Antonio Suevis Quintana, en fecha 9 de mayo de 2014, en que anexa los siguientes documentos:

- Fotocopia del contrato de prestación de servicios de fecha 14 de febrero de 2014.
- Fotocopia de acumulación de demanda en proceso de radicado 2012-00258-00, dirigida al Juzgado Segundo Civil del Circuito.
- Fotocopia de poder que le otorga Sebastián Antonio Guerrero Ospino, sin la firma de éste.
- Fotocopia de demanda ejecutiva dirigida al Juzgado Civil del Circuito de Soledad, reparto.

29.- Escrito signado por el apoderado del doctor Julián Suevis Quintana, doctor Víctor López López, por medio del cual allega fotocopia del escrito de renuncia de su apoderado, recibido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito, en fecha 12 de abril de 2013.

30.- Ampliación de diligencia de interrogatorio, rendida el 15 de mayo del mismo año, por el doctor Julián Antonio Suevis Quintana.

31.- Informe de investigador de campo de fecha 15 de mayo de 2014, que contiene diligencia de inspección practicada en el Juzgado Segundo Civil del Circuito sobre los libros radicadores de memoriales, y allega fotocopia autenticada del escrito de renuncia presentado por el doctor Julián Antonio Suevis Quintana, y fotocopia autenticada del poder otorgado por Sebastián Antonio Guerrero Ospino, al doctor Belfor Enrique Martínez González, así como identificación e individualización de Rafael Humberto Ortiz Baca.

32.- Informe de investigador de campo de fecha 28 de mayo de 2014, que contiene diligencia de inspección practicada en el Juzgado Segundo Civil del Circuito sobre la existencia del proceso de radicado 258-2012, sus actuaciones, y verificación de la llegada nuevos títulos con posterioridad a la orden de suspensión del poder dispositivo de dominio impartida por el Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

33.- Constancia del asistente del despacho Wilfrido Alfredo López Vloria, en el cual informa sobre la existencia de otras dos indagaciones y oficio número 153 de fecha 29 de mayo de 2014 de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal, a través de su asistente Samuel Fandiño Fuentes, en el cual informa la existencia de la carpeta 201102449 seguida contra el señor XXXXXXXX, en su condición de Juez XXXXXXXX, por el delito de prevaricato por acción, la cual se encuentra en juicio.

Los anteriores elementos materiales probatorios, información recaudada de forma legal y evidencias físicas, constituyen la razón suficiente que nos lleva a concluir lejos de toda duda razonable¹⁵ que XXXXXXXXXXXX, es penalmente responsable por el delito de *prevaricatos por acción y por omisión*, por el que aceptó su responsabilidad, que lesiona la administración pública en la especie de administración de justicia, pues de los elementos materiales probatorios reseñados se infiere que en efecto profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, por lo que estimamos tal y como se dijo cuándo se aprobó el preacuerdo que el punible imputable al doctor XXXXXXXXX, era en efecto los *prevaricatos por acción y por omisión* por los cuales emitiremos la condigna sentencia.

No sin antes advertir que también hubo preacuerdo en cuanto al subrogado penal de la prisión domiciliaria; desde luego porque si bien el artículo 13 de la ley 1474 de 2011, excluye de los beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados, entre otros, por delitos contra la administración pública, ello se entiende, dentro de los cinco años anteriores; además, el doctor XXXXXXXXXXXX no tiene antecedentes penales, asistió a cada una de las audiencias programadas y de su desempeño personal, familiar y social no se infiere que exista peligro alguno para la comunidad o que pueda evadir el cumplimiento de la pena.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencia C-1195 de 2005, Código Penal: artículos 9 al 12, Código de Procedimiento Penal: Artículo 381, Código de Procedimiento Civil: artículo 513, Ley 1474 de 2011, artículo 13.

FECHA: Junio 24 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-60-01257-2013-05230-00/ 2014-00246-00

DECISIÓN: Condena y concede prisión domiciliaria, previa prestación de caución. Ordena oficiar a la Presidencia del Tribunal Superior.

SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD- Casos en que procede/Resulta incompatible con la prisión domiciliaria cuando es otorgada por las mismas causales que exige la ley para este instituto/ **DESCUENTO DE PENA DURANTE LA SUSPENSIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA-**Casos por grave enfermedad/Características según la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, el condenado pretende que el Juzgado de Ejecución de Penas proceda suspender la pena de prisión que purga, pues considera que se encuentra en las circunstancias descritas en la norma que concede tal beneficio.

Extractos: “En el presente evento, la inconformidad del sentenciado José Agustín Acuña Carmona, se circunscribe a la negativa del Juez de suspender la pena privativa de la libertad.

Es pertinente acotar que el artículo 362 de la ley 600 de 2000, señala que la suspensión de la privación de libertad, se otorgará en los siguientes casos:

“...1. Cuando el sindicado fuere mayor de 65 años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.

¹⁵Artículo 327 ley 906 de 2004: “... La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.”

2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis meses desde la fecha que dio a luz.
3. Cuando el sindicado estuviera en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales...”

En el presente evento, de los argumentos expuestos por la abogada del sentenciado al sustentar el recurso de apelación, se evidencia que están dirigidos a que se le suspenda la pena con fundamento en lo dispuesto en el artículo 362 numerales 1 y 3 de la ley 600 de 2000, pues refiere que es una persona de avanzada edad que padece una afección grave certificada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aspecto al que se referirá la Sala seguidamente no sin antes clarificar que tal planteamiento fue objeto de estudio por esta Corporación en anterior oportunidad.

Inicialmente, se tiene que el numeral 1 del artículo 362 de la ley 600 de 2000, contempla la facultad de suspender la privación de la libertad cuando el implicado es mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.

En el *sub judice*, se tiene que la edad del sentenciado está acreditada, pues conforme a la cartilla biográfica expedida por el Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC-, José Acuña nació el veinticinco (25) de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), es decir, que a la fecha cuenta con sesenta y siete (67) años y nueve (9) meses de edad.

Sin embargo, de la foliatura se colige que el condenado goza de prisión domiciliaria, instituto que le fue concedido mediante auto del 12 de diciembre de 2014, proferida por la Juez Segunda de Ejecución de Penas de esta ciudad, bajo el mismo sustento, es decir, en virtud de las patologías que padece el sentenciado y la edad de éste, por lo que no entiende la Sala sí la finalidad de la norma anteriormente descrita es precisamente que el sindicado permanezca en su domicilio o en un establecimiento médico en razón a su edad y enfermedad, cuál es el objeto de la recurrente de insistir en la suspensión de la privación de la libertad, si el objeto es el mismo.

Frente al tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“...El beneficiario de la suspensión de la privación de la libertad, no queda desligado del asunto que lo involucra y no puede deambular, ni siquiera por el municipio donde reside, sino que debe permanecer en su casa y solo puede salir de ella por cuestiones de salud, o con permiso de la autoridad competente. Por ello presta caución y suscribe diligencia de compromiso y la vigilancia concreta de su estadía corresponde al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; y, en consecuencia, el tiempo en que el enfermo deba permanecer confinado en su casa, se computa como descuento de la pena.

En el anterior sentido se pronunció la Sala de Casación Penal, en auto del 29 de enero de 2004 (radicación 17089):

“2. Sobre el descuento de pena durante la suspensión de la detención preventiva por grave enfermedad

2.1. De conformidad con el numeral 3° del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 2700 de 1991), equivalente al numeral 3° del artículo 362 del régimen procesal penal

vigente (Ley 600 de 2000), cuando el sindicado sufriere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales, se suspenderá la privación de la libertad.

En estos casos corresponde al funcionario judicial determinar si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiario, mediante caución, garantiza el cumplimiento de los siguientes compromisos: permanecer en el lugar o lugares indicados, no cambiar sin previa autorización de domicilio, y presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido.
(...)

2.3 Como se verá, las obligaciones que adquiere el procesado cuando va a su casa en suspensión de la detención preventiva por grave enfermedad, son esencialmente las mismas que asume cuando se trata de detención domiciliaria como modalidad de la medida de aseguramiento y, por ende, ante la restricción evidente de la libertad física, en los dos casos, el tiempo en que así permanezca, se debe computar al descuento de la pena privativa de la libertad...¹⁶ (Subraya de la Sala).

Ahora bien, si lo que quiere el condenado es la libertad condicional, es una solicitud diferente y con otros requisitos distintos al tema que hoy se trae a colación en este asunto.

En ese orden de ideas, al cotejar la Sala que el sentenciado en razón a su edad y sus patologías le fue concedida la prisión domiciliaria, confirmará el auto apelado, toda vez que no es posible otorgar el beneficio del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, puesto que la finalidad con la cual se podía otorgar ya se cumplió al estar el procesado cobijado con un instituto que lo separa de la prisión intramural y le permite a su vez estar con controles médicos y atención en su domicilio.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 362 numerales 1 y 3.

FECHA: Julio 16 de 2015

RADICACIÓN: 2015-00132-P-MC.

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

PREVARICATO POR ACCIÓN- El juicio de prevaricato es de legalidad y no acierto/ **TEORÍA DEL ERROR DE TIPO VENCIBLE-** Elimina la estructuración del dolo en la materialidad de la conducta/ **RESPONSABILIDAD PENAL-** Ante la presencia de atipicidad subjetiva no hay lugar a enrostrar ésta al procesado/ **SENTENCIA ABSOLUTORIA-** Cuando es solicitada por la Fiscalía es equivalente al retiro de los cargos y como tal una especie de eliminación de la persecución punitiva que está en su cabeza.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se trata de establecer si el procesado en su condición de Fiscal Seccional cometió o no la conducta de prevaricato por acción, por haber dispuesto la libertad inmediata e incondicional de un capturado, sin que ello pasara por el tamiz de un Juez de Control de Garantías, omitiéndose las audiencias concentradas que dispone la Ley.

Extractos: Así pues, el fondo de la determinación tachada de prevaricadora, tenemos que el procesado al turno del interrogatorio fue claro que se equivocó en su decisión en virtud de que

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 6 de septiembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz, Rad. 28.135.

profirió una orden basada, o actuando como Fiscal con las funciones que tuvieron o tienen en procesos que se siguen bajo la égida de la Ley 600 de 2000, en cuyo escenario es cierto que, tenían la potestad de ordenar libertades, lo que se acompasa con el fundamento de la decisión que no fue otra que: *“si bien estamos en presencia de sendas conductas típicas”*, refiriéndose a la del Porte de arma de fuego y falsedad en documento público, y que *“la conciencia de antijuridicidad material no emerge en este caso concreto atribuible al indiciado (...) e inclusive la teoría del error respecto a la antijuridicidad material cobra vigencia y le asiste (...) puesto que además no basta con la causalidad para imputar jurídicamente el resultado”*.

Entonces en este ámbito, la Fiscalía destaca que fueron empleados conceptos propios de las funciones que en otrora tuvieron los Fiscales dentro del sistema tradicional o de Ley 600 de 2000, dando por sentado que contando con los experticios sobre el arma y del documento mismo, eran correctos y concretos en punto de la ilicitud, que la legalidad de la captura en flagrancia refulgía por sí sola, centrándose única y exclusivamente en lo que dijo el liberado en cuanto a que desconocía la dubitación del documento y por ende era plausible su liberación inmediata, luego, ciertamente acudir a un problema de justificación subjetiva era demasiado avezado en ese momento de la investigación, y se asumía el conocimiento de un asunto transgrediendo de alguna forma su competencia, es decir, en manera alguna, le era permitido navegar en los causes de los Jueces de Control de Garantía.

No obstante, el Dr. BADRÁN MIRANDA, insistió en que de parte de la Fiscalía no tuvo ninguna capacitación sobre las funciones de los Fiscales en la Ley 906 de 2004, sobre todo cuando laboró en Sucre-Sucre en procesos bajo la égida de la Ley 600 de 2000, y que en aquella municipalidad no tuvo jamás en sus manos carpetas del sistema acusatorio, que habiendo sido trasladado a Barranquilla fue ubicado en procesos de corte inquisitivo o mixtos, pero no acusatorio. Aquí, en gracia de discusión habría existido responsabilidad de índole disciplinaria pero no penal, ya que el procesado tomó la decisión a tan solo Treinta (30) días laborales de haber sido reubicado como Fiscal en procesos de Ley 906 de 2004, habiendo tenido solo dos (2) carpetas virtualmente similares, y que en esas dos precisamente ordenó la libertad, ya que se trataba de armas de fuego que según los experticios arrojaron que no eran aptas para disparar, es decir, en aquellas había habido inclusive problemas de tipicidad propiamente dicha, no hubo la actualización del delito, por lo que aquellas libertades podían ser propias de su resorte, pero tampoco esas experiencias le permitieron conocimientos de fondos en tales asuntos, por lo que entonces la Fiscalía, ahora que aquí acusa se permitió reclamar la absolución retirando de esta forma los cargos como se advirtió en el sentido del fallo.

Incluso, no se puede perder la perspectiva que, es el mismo procesado quien en su interrogatorio hizo saber que si hubiese tenido el espacio de consultar con sus pares lo hubiese hecho, pero que como quiera que estando en turno de fin de semana, se encontraban tres (3) Fiscales cada uno con nueve (9) carpetas, no tuvo la oportunidad de apoyarse en ellos, ni en ninguno de sus compañeros Fiscales en virtud de que se trataba de un fin de semana, cuando la mayoría descansa, o se dificulta ubicarlos. De tal suerte que, puede materializarse o seriamente reconocerse la presencia de impericia en el manejo del asunto que tuvo a su cargo, que si se quiere podría atribuírsele alguna forma de negligencia o descuido, pero ello *per se* no materializa la forma del prevaricato, que es una conducta eminentemente dolosa, y que esa conciencia y conocimiento de la antijuridicidad no se palpa en este momento.

De manera que como lo plantea el Delegado ante este Tribunal, lo máximo a lo que podemos acercarnos es a un error de tipo vencible, que elimina la estructuración del dolo en la materialidad de la conducta. Que en este escenario lo plausible sería una eventual condena por delito culposo,

pero tal modalidad en este reato no existe en el ordenamiento jurídico, de tal suerte que si se edifican los juicios hipotéticos acorde con lo planteado por el ente acusador en cuanto que la consulta que se pudiese haber hecho a sus homólogos, a su coordinadora, o a cualquier profesional avezado en la Ley 906/04, habría salido con facilidad del error de la decisión que adoptó, sobre todo cuando obvió el control material que se suerte ante los Jueces en las Audiencias Preliminares, alrededor de los cuales gira el contenido sustancial de lo acaecido en este asunto.

La Corte Suprema ha abordado situaciones como las que ahora nos ocupa y ha dejado sentado que: (i) debe verificarse lo que hizo el procesado en el momento justo con base en sus conocimientos y conforme a los medios con los que contaba, es decir, a juicio de esta Sala los argumentos dieron pie a la decisión tachada en su momento ningún reparo le merecieron para con el ordenamiento jurídico, y eso en gracia de discusión y bajo la égida de la Ley 600/00 o frente al choque con la Ley 906/04 pudiesen tener asidero, más no son correctas o atinadas y, (ii) no es plausible hacer juicios hipotéticos de valoración en punto de estimar que se configuró el punible en comento, que fue precisamente lo que hizo el Delegado Fiscal en su intervención inicial y que luego dio un giro. En este sentido, en el proceso con rad. N° 29324 el órgano de Cierre en lo penal enseña que:

“Así entonces, PARA LA EVALUACIÓN DE ESTA CLASE DE CONDUCTAS DELICTIVAS SE ADOPTA UNA ACTITUD MÁS DESCRIPTIVA QUE PRESCRIPTIVA, ES DECIR, SUJETA A LO QUE REALMENTE HIZO EL IMPUTADO EN LA RESPECTIVA ACTUACIÓN, ASISTIDO DE SUS PROPIOS MEDIOS Y CONOCIMIENTOS, NO A LO QUE DEBIÓ HACER DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA Y CON BASE EN LOS RECURSOS DEL ANALISTA DE AHORA (JUICIO EX ANTE Y NO A POSTERIORI).

Luego entonces, y como se ha dicho en numerosos fallos y consonancia con la Jurisprudencia sobre el tema, insistimos en que el juicio de prevaricato, es de legalidad y no acierto. Más aún, como anillo al dedo viene una decisión de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, en el proceso con radicado N° 22855 que versó sobre un caso similar, por no decir idéntico en que se dejó sentado que:

“En consecuencia, si para la plena configuración del delito de prevaricato no basta con la sola contrariedad ostensible entre lo decidido y la ley, sino que además de esa manifestación puramente externa DEBE OBRAR PRUEBA DEMOSTRATIVA DE QUE EN LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA SE OBRÓ CON DOLO, entendido como el conocimiento que tiene el agente tanto de la tipicidad del comportamiento, como de su antijuridicidad, pese a lo cual quiere su realización, resulta de rigor reconocer que en este proceso no obra prueba indicativa de que la conducta de la fiscal MOLINA MÉNDEZ, traducida en la adopción de la orden de preclusión de la investigación por falsedad, aduciendo como fundamento una causal objetiva de improseguibilidad de la misma, haya sido realizada dolosamente dado que, por el contrario, en autos obran elementos de juicio que permiten inferir que a la misma se llegó como fruto de una posible concepción errada sobre la temática jurídica de que aquí se ha dado cuenta.

Sobre el particular, bien está recordar que la Sala sobre la demostración del dolo en conductas como la que se atribuyó a fiscal acusada, TIENE DICHO QUE “EL DOLO, POR SU ASPECTO INTELECTIVO O COGNOSCITIVO, REQUIERE CONOCIMIENTO Y CONCIENCIA INTEGRAL DEL HECHO TÍPICO; DEL SIGNIFICADO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y DE SUS CIRCUNSTANCIAS; DEL RESULTADO DE LA CONDUCTA Y DE LA CADENA CAUSAL, ASÍ COMO DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL COMPORTAMIENTO; Y POR SU ASPECTO VOLITIVO, NECESITA LA DEMOSTRACIÓN ‘DE OPERACIONES SÍQUICAS QUE ORIENTAN AL HOMBRE A DECIDIRSE EN UN SENTIDO ANTIJURÍDICO’”.¹⁷

Adicionalmente se tiene que, TRATÁNDOSE DEL EXAMEN DEL DOLO EN EL DELITO DE PREVARICATO, SU CONCURRENCIA PUEDE INFERIRSE A PARTIR DE LA MAYOR O MENOR DIFICULTAD INTERPRETATIVA DE LA LEY

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Providencia del 10 de octubre de 2004. Rad. 21695. M.P. Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

INAPLICADA O TERGIVERSADA, ASÍ COMO DE LA MAYOR O MENOR DIVERGENCIA DE CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE SU SENTIDO O ALCANCE, ELEMENTOS DE JUICIO QUE NO OBSTANTE SU IMPORTANCIA, NO SON LOS ÚNICOS QUE HAN DE AUSCULTARSE, IMPONIÉNDOSE AVANZAR EN CADA CASO HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO VERDADERAMENTE CONOCIDO Y APLICADO POR EL SERVIDOR JUDICIAL EN SU DESEMPEÑO COMO TAL, ASÍ COMO EN EL CONTEXTO EN QUE LA DECISIÓN SE PRODUCE, MEDIANTE UNA EVALUACIÓN EX ANTE DE SU CONDUCTA.

(...)

No obstante, COMO LA LEY NO PREVÉ LA POSIBILIDAD DE QUE EL PREVARICATO POR ACCIÓN PUEDA SER REALIZADO BAJO LA MODALIDAD CULPOSA DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA, LA CORTE ABSOLVERÁ A LA PROCESADA DE LOS CARGOS POR LOS QUE FUERA ACUSADA, POR ATIPICIDAD SUBJETIVA EN LO QUE RESPECTA A SU DECISIÓN DE PRECLUIR LA INVESTIGACIÓN QUE SE SEGUÍA CONTRA Fredy Giovanni Ospino Echeverría. ”

De tal suerte que, (i) si existiese este tipo penal en modalidad culposa, bien hubiese podido la Fiscalía pedir una sentencia en sentido distinto al que nos ocupa, pero como quiera que ello no está previsto, y ante la presencia de atipicidad subjetiva no hay lugar a enrostrar responsabilidad penal, y (ii) el Doctor AMÍLCAR DE JESÚS BADRÁN MIRANDA, actuó confiado que lo hizo conforme a la voces del inciso 4 del artículo 302 de la Ley 906/04, que enseña: “*si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.*” Situación que está en parcial consonancia con parte de las motivas de la decisión tildada, en la que se lee que: “*así las cosas, se dispone la libertad inmediata previa suscripción de compromiso de presentarse ante la autoridad de conocimiento cuando se le requiera*”.

Es decir, el señor Fiscal aquí encartado, no mató, no archivó, no dispuso en lo absoluto, material de la acción penal que hubiere sido más grave. De manera que, tal como está depuesto en el interrogatorio por el procesado, en su fuero interno no concibió jamás que su decisión de libertad lo iba a dejar dentro de los linderos penales, pero esta vez como procesado, entonces, en el sentir de la Sala el enjuiciado actuó conforme a la línea del viejo adagio que reza que: “*a lo tuyo tú, con la razón o sin ella*”. Aquí no hay duda que el Fiscal procesado no tuvo la razón al emitir la orden de cara a la realidad que lo rodeada, esto es, que el señor WILBER DE JESÚS MOLINARES VILORIA se capturó en flagrancia por dos delitos que de suyo comportaban detención preventiva y muy a pesar de ello y de forma inopinada lo dejó en libertad.

Al margen de lo expuesto en precedencia, y más allá del reproche que se le pudiese hacer a este funcionario, no se puede perder la perspectiva en cuanto a que las características propias del sistema acusatorio hace énfasis en que debe haber correlación entre acusación y sentencia, de manera que, no puede ir esta Sala más allá de lo solicitado por quien de suyo detenta la titularidad de la acción penal. Retirada entonces la solicitud de sentencia absolutoria por considerar que la decisión tachada no es un hecho delictivo, finalmente lo que procede es una absolución, tal y como lo enseña el artículo 448 de la Ley 906/04 “EL ACUSADO NO PODRÁ SER DECLARADO CULPABLE por hechos que no consten en la acusación, ni **POR DELITOS POR LOS CUALES NO SE HA SOLICITADO CONDENA.**”

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en decisiones con radicados números 28693 y 27816 ha conceptuado que:

“Dígase entonces, QUE LA PRETENSIÓN DE INTERRUMPIR UNA PARTE FUNDAMENTAL DEL JUICIO POR VÍA DE ESTA ESPECIAL ABSOLUCIÓN, SÓLO RESULTA POSIBLE CUANDO LA ATIPICIDAD SE PREDIQUE SOBRE EL ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO, QUE NO REQUIERE DE LA VALORACIÓN QUE SE IMPONE FINALIZADO EL JUICIO ORAL CON EL AGOTAMIENTO DE TODAS LAS FASES QUE LO COMPONEN Y CON LA PARTICIPACIÓN DE LOS SUJETOS

PROCESALES E INTERVINIENTES. SIN EMBARGO, EL JUEZ SOBREPASÓ EL MARCO PERMITIDO AL ABORDAR EN ESA SEDE EL TIPO SUBJETIVO. LA MUESTRA ES EVIDENTE”

Véase que, lo anterior se corresponde con el giro inusitado de la Fiscalía que a las voces del artículo 448 y ante el carácter monopolístico de acusación que tiene la Fiscalía de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política, que enseña que:

*“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y **REALIZAR LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS QUE REVISTAN LAS CARACTERÍSTICAS DE UN DELITO QUE LLEGUEN A SU CONOCIMIENTO** 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”*

Por ello, hoy esta Sala de carácter mixta, compuesta por un Magistrado de planta y dos conjuces, coinciden absolutamente con lo planteado por la Fiscalía, es decir, el funcionario judicial sometido normalmente a un estrés extremo, improvisado muchas veces en la mayoría de situaciones a su cargo, puede errar sin el ánimo de transgredir la Ley. Véase entonces que, la hipótesis delictiva que planteó el ente persecutor no se edificó, de manera que, pidió la absolución amén de que avizoró que no había mérito para acusar, y a juicio de esta Colegiatura resultan prósperos los argumentos tanto de la Fiscalía como de la defensa, debiéndose acceder a la petición de sentencia absolutoria, sobre todo porque bajo los cauces de la Ley 906/04 la solicitud de la Fiscalía es equivalente al retiro de los cargos y en tal sentido hay una especie de eliminación de la persecución punitiva que está en su cabeza. Puesto que como se advirtió en el sentido del fallo la estricta congruencia en el nuevo sistema se predica de los alegatos de conclusión y el sentido de la sentencia en caso de ser condenatoria, es decir como impone la norma, artículo 448 de la Ley procesal penal vigente para este asunto **NO SE PODRÁ CONDENAR POR DELITOS POR LOS CUALES NO SE HUBIERE PEDIDO SENTENCIA DE ESE GÉNERO, “NI POR HECHOS QUE NO SE HUBIEREN PROPUESTO EN LA ACUSACIÓN”**, aquí entonces la absolución refulge imperativa.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicados: 39.324, 22.855, 28.693 y 27.816, Ley 906 de 2004, artículo 448 y Constitución Política, artículo 250.

RADICACIÓN: 08-001-60-01256-2011-00200-01/ 2014-00024-P-CR

FECHA: Julio 22 de 2015

DECISIÓN: Absuelve al procesado.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Defecto procedimental/**CORRECCIÓN ARITMÉTICA-**Procedencia en todo tipo de decisiones judiciales/ Alcance legal y jurisprudencial/**EXCESO RITUAL MANIFIESTO-**Se produce cuando el Juez no corrige su propio error, y éste lo puede realizar de oficio, teniendo en cuenta la omisión en la que incurrió en su sentencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, el accionado dictó sentencia condenando al pago de perjuicios materiales a favor de los actores, pero no hizo la operación aritmética para establecer el valor que le deberían pagar a cada uno, por ello al iniciar procesos ejecutivos los Jueces Civiles Municipales, han señalado que no se establece el valor capital que se

tomará como base para liquidar el crédito de cada uno de ellos y cuando se solicitó al Juez la corrección del error aritmético éste se la ha negado por improcedente.

Extractos: “5.3.1 La acción de tutela contra providencias judiciales es, conforme a una amplia línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, una figura de carácter eminentemente subsidiario y excepcional, sólo es procedente ante situaciones en que no exista otro mecanismo judicial idóneo para salvaguardar un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste a) no resulte tan eficaz para la protección de los derechos de los asociados como la tutela, o, b) la persona afectada se encuentre ante un perjuicio irremediable¹⁸.

5.3.2. Así pues, la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, encuentra su excepción tratándose de decisiones que por involucrar una manifiesta y evidente contradicción con la Carta Política o la ley, producto de la conducta arbitraria o caprichosa de los funcionarios judiciales, constituyan “*vías de hecho*” que vulneren o amenacen los derechos fundamentales del actor frente a lo cual no se disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, porque en estos eventos el amparo se ofrece necesario para evitar la consumación de un daño irreparable, pero sin que tampoco en dichos casos la acción pública en comento pierda su carácter residual¹⁹.

5.4. De la corrección por error aritmético y su diferencia con la solicitud de aclaración.

Sea lo primero precisar, que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento contencioso administrativo, establece:

"Artículo 310.- Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el Juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de revisión y casación.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1 y 2 del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o por cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella." (Negrillas de la sala).

La Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, frente al tema ha afirmado lo siguiente:

"...La corrección es un remedio que toca exclusivamente con el error aritmético cometido por el fallador, como cuando se equivoca en los resultados de una operación numérica. Es, pues, una cuestión que tiene que ver eminentemente con números. Sobre el particular, la Corte ha

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-293 de 2013.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del 31 de mayo de 2012.

enunciado, con bastante claridad, lo que debe entenderse por 'error puramente aritmético', Al efecto, ha dicho: 'el error numérico al que se refiere la ley es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente, 'habrá error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3,2 y 4.' Entiende pues la Sala que tal error aritmético deriva de un simple lapsus calami, esto es, del error cometido al correr la pluma, y como tal fácilmente corregible porque solamente se ha alterado el resultado sin alterar los elementos de donde surge la operación."²⁰

Sin embargo, el Consejo de Estado en algunas providencias ha dado al concepto de error aritmético un alcance más amplio. Así por ejemplo, en auto del 30 de octubre de 1997, la Sección Tercera corrigió la sentencia proferida el 6 de agosto de 1997 por estimar que en su parte resolutive se había cometido un error numérico puesto que en la condena se habían dejado de incluir "*unas partidas que conforme a los considerandos de la sentencia, debían ser objeto de reconocimiento*". En igual sentido, mediante auto de 6 de junio de 1996, la misma sección procedió a corregir la sentencia de mayo 9 del mismo año. En esta providencia se afirma lo siguiente:

"...El error aritmético señalado por el solicitante lo hace consistir en el hecho de haber incluido valores pericialmente liquidados correspondientes a la tercera fase del periodo de mayor permanencia (\$...), cuando en las consideraciones del fallo expresamente se había advertido que sobre los costos de limpieza final y campamentos, correspondientes a los valores anotados, no se haría ningún reconocimiento.

(...)

Así las cosas, si bien se procede a hacer la corrección aritmética solicitada, de ninguna manera se modifica la parte sustancial de la sentencia, no se cambian sus fundamentaciones, no se introducen razones o argumentaciones distintas de las ya ampliamente expresadas en el fallo. Este permanece incólume en su fundamentación fáctica y jurídica, y sólo por razón de la corrección aritmética el valor de la condena se modifica. En realidad se procede a corregir la inclusión equivocada de unos valores que manifiestamente la Sala había desechado para no comprenderlos dentro del monto condenatorio determinado en la sentencia. Tal inclusión obviamente modificó el resultado aritmético proyectado por el juzgador. Se sumaron por error unos factores que no correspondía sumar porque, se repite, los mismos habían sido expresamente desestimados. Incluir en la liquidación tales sumados cuya validez o eficacia económica indemnizatoria se había excluido, originó un resultado aritmético errado en cuanto que iba en contrario del criterio muy claro, preciso y explícito del fallador, consignado en forma indubitable en el párrafo de la página 109 referido, cuyo contenido conceptual, no fue contrariado en la sentencia...".

5.4. Del caso en concreto

En el presente evento, la parte actora acudió al trámite constitucional de tutela, invocando la protección a su derecho fundamental al debido proceso, aquejándose

²⁰CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de la Sala de Casación Civil de 25 de septiembre de 1973. En igual sentido puede consultarse por ejemplo, el auto del 14 de julio de 1983 y la sentencia del 26 de abril de 1995, de la misma Corporación.

principalmente porque: (i) el Juez Séptimo Penal del Circuito, en la sentencia condenatoria, pese a que sancionó a los enjuiciados al pago de perjuicios materiales, no se señaló el valor que le deben cancelar a cada uno de ellos y por tal situación, no han podido iniciar proceso ejecutivo; (ii) han solicitado la corrección de la sentencia, al Juez accionado y éste la negó por improcedente.

En efecto, la Sala vislumbra que en la sentencia aludida el Juez Séptimo Penal del Circuito señaló:

“...Como los autos precisan que la suma apropiada ascendió a perjuicios del orden material se cuantifican por la misma cantidad adeudada a cada uno de los denunciados, como lo han manifestado en sus respectivas demandas de parte civil, a la cual se deben sumar los intereses corrientes legales que se hayan consolidado desde la fecha de los hechos hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de la misma...”²¹. (Subraya de la Sala).

Así pues, si bien el Juez accionado acertó al señalar los intereses, se tiene que no emitió el valor exacto de la suma adeudada por los procesados a cada una de las víctimas, pues en el párrafo citado se observa que el Juzgador se remite a la demanda de parte civil.

En esas circunstancias, los actores se aquejan de no poder iniciar proceso ejecutivo, por lo que han solicitado corrección de la sentencia al Juez accionado, empero éste ha negado la petición por improcedente.

Sin embargo, la Colegiatura vislumbra que la presente acción de tutela es procedente y a su vez se colige la vulneración al derecho fundamental invocado por lo siguiente: (i) la solicitud de corrección de sentencia puede presentarse en cualquier tiempo y los accionantes así lo hicieron, por lo que no les queda otro medio de defensa judicial; (ii) la corrección aritmética recae en valores que no se consignan siempre y cuando no modifiquen de fondo la decisión, en este evento, se tiene que el Juez no señaló con números el valor que a cada víctima le correspondía, pues se remite a lo que ellos consignaron en las demandas de parte civil, no obstante, con dicha sentencia no han podido lograr un proceso ejecutivo, al tener un valor inexacto.

En ese orden de ideas, se tiene que el Juez accionado ha incurrido en un defecto procedimental, pues frente a este tópico, la jurisprudencia constitucional ha acotado que:

“...El defecto procedimental se enmarca dentro del desarrollo de dos preceptos constitucionales: (i) el derecho al debido proceso (artículo 29), el cual entraña, entre otras garantías, el respeto que debe tener el funcionario judicial por el procedimiento y las formas propias de cada juicio, y (ii) el acceso a la administración de justicia (artículo 228) que implica el reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal. Dentro de la primera categoría, la Corte ha considerado que se presenta un defecto procedimental absoluto cuando el funcionario

²¹ Folios 14 y 15 C.O. del Tribunal.

desconoce las formas propias de cada juicio. Por excepción, también ha determinado que el defecto procedimental puede estructurarse por exceso ritual manifiesto cuando “(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. Es decir que el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales...”²² (Subraya de la Sala).

Así las cosas, la Colegiatura vislumbra que el Juez accionado no le dio prevalencia al derecho sustancial sobre lo formal, y de manera consciente negó la realización de un derecho subjetivo pese a que tuvo la oportunidad de conocer y corregir el yerro en el que había incurrido al proferir la sentencia de primera instancia dentro del proceso penal seguido a los señores Ernestina Parra Badillo y Jaime Eduardo Silva Aparicio, pues el Juez accionado, en aras de salvaguardar los derechos subjetivos del accionante hubiera podido hacer uso de su facultad discrecional para corregir los yerros en que incurren los funcionarios judiciales en sus sentencias, lo cual se puede realizar en cualquier tiempo.

Para esta Sala, al negarse el Juez a realizar la corrección del yerro que consistió en omitir los valores exactos de los perjuicios materiales, incurrió en un exceso ritual manifiesto al no corregir su propio error, lo cual hubiera podido realizar de oficio, teniendo en cuenta la omisión en la que incurrió y que este error, influía y sigue influyendo en la parte resolutive de su sentencia.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 310 C.P.C., Artículo 29 Constitucional

ACCIONANTE: Yajaira Pérez Gómez y otros

ACCIONADO: Juzgado 7 Penal del Circuito de Barranquilla

RADICACIÓN: 2015-00190-T-MC

FECHA: Junio 22 de 2015

DECISIÓN: Concede el amparo tutelar. Ordena al accionado efectúe la corrección de error aritmético contenida en la sentencia en lo relativo al valor de los perjuicios materiales.

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-429 de 2011.

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.