

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



AGOSTO 2015

Número 38

1. SALA CIVIL-FAMILIA

INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS-Responsabilidad de tipo objetivo/ Se entiende documentada clínicamente después de cuarenta y ocho horas de estancia hospitalaria y al no estar presente al ingreso del paciente/Son de origen multicausal/**HISTORIA CLÍNICA**-Documento que prueba la existencia de bacterias que generaron las infecciones nosocomiales/**VÍNCULO CAUSAL**-Viene dado por la existencia en el ambiente hospitalario de las bacterias causantes de la infección pulmonar

MAGISTRADO SUSTANCIADORA: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica: En el presente caso, los demandantes persiguen que se declare la responsabilidad civil médica de la EPS e IPS demandadas, a raíz del daño sufrido por ellos, debido a la muerte de quien fuera su esposa y madre, como consecuencia de haber adquirido una infección nosocomial, al interior de la clínica donde recibía atención.

Extractos: “Pues bien, las infecciones nosocomiales constituyen un problema exclusivo de las instituciones hospitalarias y que a su vez sirven para determinar la calidad de la atención que reciben los pacientes asociados con la morbilidad, mortalidad y costos hospitalarios por estos eventos. Una infección nosocomial es aquella documentada clínicamente después de 48 horas de estancia en el hospital y que no estaba presente al ingreso de la paciente, circunstancias que se contemplan demostrados en el caso presente.

Como puede deducirse de la trayectoria de la historia clínica de la señora Bernal, que se acaba de referenciar, se puede constatar, sin duda, que se encuentra documentada clínicamente la existencia de dos clases de bacterias intrahospitalarias que generaron la infección nosocomial. La primera de origen abdominal, asociada a la cirugía, de donde se aisló ENTEROBACTER MULTIRESISTENTE y la otra una neumonía nosocomial, donde se aisló STAPHILOCOCO.

Igualmente y para mayor claridad sobre la existencia documentada de las bacterias, tal como lo reclaman los apoderados apelantes, se pasa a determinar lo siguiente: El de la sepsis abdominal se encuentra en el folio 979 del 31 de

Noviembre del 2006, que en el análisis de evolución, se registra así: Paciente con cuadro compatible con peritonitis bacteriana asociada a cirugía.

En la epicrisis, (fl. 947), se establece claramente la existencia del vínculo causal entre la sepsis nosocomial y la muerte de la señora Bernal, cuando expresa: Paciente posoperatorio de hernia inguinal presentando cuadro de sepsis nosocomial, falla multisistémica llevando a la muerte.

La infección nosocomial es multicausal, para la cual no existe una predisposición de los pacientes, sino que ella surge por la relación agente, huésped y el medio ambiente, dado que es una infección hospitalaria, por lo tanto para su surgimiento como infección, es sine qua non, que en el ambiente existan dicha bacterias y habiéndose demostrado que la señora Bernal ingresó al centro hospitalario sin infección pulmonar de ningún tipo, es elemental que fue adquirida en dicho clínica, como lo documenta íntegramente la historia referenciada en estas consideraciones.

Siendo así, es evidente que el vínculo causal entre la bacteria intrahospitalaria y la muerte de la señora Bernal, como también, que fue la CLÍNICA EL PRADO la que prestó el servicio por estar formando parte del sistema de salud de SUSALUD, ha de concluirse que este presupuesto está debidamente establecido, que sumado al daño y el hecho dañoso, hacen que la pretensión elevada por la demandante deba prosperar.

Todo este proceso, de ingreso e infección, hasta terminar con la muerte de la señora Bernal es igualmente descrita de manera coherente, por la versión dada por el señor CHICA, que fue la persona que estuvo cercana a la paciente (fl. 636 y 637), donde se explica que la señora BERNAL mantuvo fiebre aun en la hospitalización domiciliaria; igualmente aparece la descripción médica de la evolución de la occisa, desde que ingresó hasta su muerte, que es totalmente coincidente con el resumen de la historia clínica efectuada en esta providencia (fl.811)

Si los demandados querían, en tal evento, romper el vínculo causal, sólo les quedaba traer al proceso la certeza de:

- a. Demostrar que la infección fue adquirida antes del ingreso de la paciente.
- b. Demostrar que la infección fue propia del paciente, es decir que fue portadora del germen infeccioso por alguna causa externa y
- c. Demostrar que la infección fue un hecho fortuito.

Pero es evidente que ninguna de estas circunstancias se encuentran probadas en el proceso, especialmente porque el examen de ingresos expresamente contempla la confesión de que la paciente ingresó sana de los pulmones. Al no estarse demostrado el daño material, tanto en su versión de daño emergente como de lucro cesante, se confirmará su negación.

Ahora el daño moral es la afectación psíquica y anímica en general que una persona sufre por el daño que padece y es evidente que los demandantes sufrieron esa afección por la muerte de su madre y compañera. El consejo de

Estado y la Corte Suprema han establecido como límite razonable al arbitrio judicial en la suma de 62 millones de pesos, por lo que estima la Sala que la suma fijada por tal concepto se encuentra dentro de tal límite, confirmándose en consecuencia.

El apoderado de la CLÍNICA EL PRADO centra su inconformidad en que en la actuación no aparece la prueba de esposo del señor Ricardo ni de que sea compañero de la señora BERNAL e incluso en caso de estarlo no debe establecerse ninguna suma en su favor y por concepto de daño moral dado que al poco tiempo se estableció con otra señora.

Al respecto ha de expresarse, que en el ámbito de la responsabilidad, la prueba solemne de esposo o de compañero se torna laxa y tal calidad puede traerse probatoriamente mediante otros medios de prueba, como la testimonial, la afiliación a los servicios de seguridad social, etc.

Así tenemos que a folio 41 aparece la certificación de SUSALUD, que el señor RICARDO CHICA se encontraba para el momento de la muerte de la señora BERNAL afiliado a dicha entidad en calidad de beneficiario de dicha señora, quien laboraba en la empresa ADECCO COLOMBIA S.A.

A folio 930, 931 y 932 del expediente aparece una certificación emitida por el Seguro Social, donde se expresa que el señor CHICA fue reconocido como pensionado sobreviviente de la señora BERNAL.

Finalmente ese aspecto no fue controvertido por los demandados al momento de la contestación de la demanda, siendo que existen mecanismos procesales para ello.

Pues bien, no existe duda que en el plenario se presentan pruebas que permitan deducir que el señor RICARDO CHICA hacía vida marital con la señora BERNAL y que de alguna manera había de afectarlo moralmente, dado que era su compañera, al momento de su muerte, con la que compartía la crianza de sus hijos, generándole, a no dudar, un daño su fallecimiento. Por otro lado, el que haya iniciado otra vida de pareja, para nada afecta o niega la existencia del daño moral, incluso, la existencia de dos hijos menores podría ser causal para inducir en la necesidad de encontrar un nuevo hogar para esos menores.

Por otro lado, los apoderados de los apelantes se duelen que hayan sido condenados, cuando prueban, por un lado, que no han cometido desconocimiento de la *lex artis*, ni han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones. Pero esta Sala, al transcribir extensamente las posiciones jurisprudenciales sobre el título de imputación aplicable al presente caso, se expresó que este era objetivo, por lo que para exonerarse de responsabilidad, no es suficiente alegar diligencia y prudencia, sino una causa extraña a las obligaciones de seguridad que tiene radicada en su cabeza las clínicas, de la cual no existe la menor demostración.

La responsabilidad médica, como toda responsabilidad es de carácter solidaria, como lo establece el artículo 2344 del CC, de manera que toda persona que de una u otra manera tiene contacto con el hecho dañoso debe responder y si la Clínica El Prado pertenece a la cadena de entidades con la cual la EPS presta su servicio integral de salud a sus afiliados y a donde el paciente acude precisamente por estar en dicha cadena de servicios, de manera que la IPS no realiza otra cosa que el acto y servicio que debía prestar la EPS, ha de concluirse que es solidariamente responsable de los daños sufridos por la víctima, amén de que la EPS demandada recibía ingresos por los servicios y afiliación de dicho persona ni probó que en ella hubiese concurrido una causa extraña que permitiera tener por probado la ruptura del vínculo de causalidad.-

Así lo explico la Corte Suprema, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009:

Pertinente advertir, en las voces del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 (D.O. 41148, 23 de diciembre de 1993), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”, y la de “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” (artículo 177, num. 6°, ibídem, subraya la Sala), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, ejusdem).

Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión “de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada” (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2°, Decreto 1485 de 1994).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación

del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.

Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, **todos son solidariamente responsables frente a la víctima** (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).¹

Igualmente se queja el apelante apoderado de la EPS. que debe revocarse la condena a daño moral en la suma de \$40.000.000 fijados en favor del señor CHICA, pero, sea expresar que en la parte superior de estas consideraciones se ha dejado sentado que el mencionado señor tiene derecho a ser reparado por daño moral y segundo, la Corte Suprema y el Consejo de Estado han establecido que el daño moral, por regla general, puede ser cuantificado hasta 60 millones de pesos, por lo que la suma fijada en primera instancia se mira como ajustada a derecho y a los precedentes jurisprudenciales.- En la sentencia anteriormente citada la Corte, a manera de ejemplo, fijó por concepto de daño moral la suma de 53 millones.-

Recordemos que no estamos frente a la responsabilidad por acto médico propiamente dicho, sino por infección nosocomial, propia de las clínicas y que en consecuencia su única defensa es demostrando la inexistencia de tal bacteria, lo que está evidenciada con la historia clínica y las notas de enfermería.”

FUENTE NORMATIVA: Código Civil artículo 2344, artículo 177 y 183 de la Ley 100 de 1993, artículo 48 de la Constitución Política, casación civil sentencias de 30

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) M P William Namen Vargas

de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005, exp. 14415.

DEMANDANTE: Ricardo Chica Escobar y otros

DEMANDADO: Fundación Médico Preventiva Clínica Del Prado y SUSALUD EPS

RADICACIÓN: 08-001-31-03-010-2007-00181-01/**38.510**

FECHA: Julio 30 de 2015

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada y su complemento.

REESTRUCTURACIÓN DE CRÉDITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA-Se torna como requisito para adelantar por segunda vez procesos ejecutivos hipotecarios/**TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO-** Si no obra en plenario documento que dé cuenta de la aludida reestructuración, el título se encuentra incompleto/**TÍTULO VALOR-**Al pagaré objeto de recaudo debe acompañarse la reestructuración y su omisión hace que la obligación no se torna exigible ni clara.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa Fáctica: En el presente caso, el Tribunal rectifica su posición anterior respecto de la necesidad que existe, según el último pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Extractos: “Cuando la Corte en la sentencia SU-813 de 2007 dispuso que una vez terminado el respectivo proceso ejecutivo hipotecario, en ningún caso la obligación será nuevamente exigible hasta tanto no culmine el proceso de reestructuración, presupone el cumplimiento de cuatro condiciones: (i) la existencia de un proceso ejecutivo con título hipotecario en curso al 31 de diciembre de 1999; (ii) la terminación de ese proceso a solicitud de parte o por iniciativa del juez de conocimiento en cumplimiento de Ley 546 de 1999; (iii) una sentencia en la que se da por terminado el proceso y se ordena a la entidad bancaria demandante la reestructuración del crédito; y (iv) la posterior instauración de otra demanda al haber incurrido el mismo deudor nuevamente en mora. Es en estos precisos y señalados momentos, en el que le está vedado o prohibido al Juez Civil, librar mandamiento de pago sin que previamente haya verificado la culminación del proceso de reestructuración de la obligación hipotecaria, conforme a las exigencias de la Ley 546 de 1999 y la Sentencia SU-813 de 2007.

No obstante lo anterior la reciente posición de la jurisprudencia ha indicado que “...la citada reestructuración es obligación de las entidades crediticias, a efectos de ajustar la deuda a las reales capacidades económicas de los obligados, cuestión exigible a los cesionarios si se tiene en cuenta que aquéllos reemplazan en todo al cedente. Esta Corporación en casos de contornos similares, ha sido coherente en predicar la imposibilidad de continuar con una ejecución cuando no se encuentra acreditada la reestructuración del crédito (...)”²

Lo anterior se basa, en que, según la posición de la Corte Constitucional, el hecho determinante para la procedencia de la reestructuración, es que el mutuo haya sido celebrado y el crédito desembolsado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, es decir para todos los que lo hayan sido en el sistema UPAC.³

² CSJ STC, 31 oct. 2013, rad. 02499-00.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 881 de 2013.

Así, una obligación contraída bajo el sistema UPAC, “...tenía que ajustarse al régimen normativo previsto en la Ley 546 de 1999, en la que se ordenó la reestructuración de todos los créditos de vivienda otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley y a las disposiciones previstas en la misma (...)”

Precisamente, en lo pertinente, a partir del capítulo VIII de la aludida ley, se dispone la creación de un régimen de transición, en el que expresamente se señala que: “[los] establecimientos de crédito deberán ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley y a las disposiciones prevista en la misma (...)”⁴. Esto significa que más allá de la fecha de iniciación del proceso ejecutivo, el hecho determinante para hacer exigible la reestructuración, es que el crédito haya sido desembolsado con anterioridad a las fechas mencionadas en la propia Ley 546 de 1999 (...)”

“La reestructuración implica tanto la conversión del crédito del sistema UPAC a UVR, como el reconocimiento de los abonos previstos en el artículo 41 de la ley en mención, conforme al cual: ‘Los abonos a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999, de préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo (...)’.

“Desde esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la reestructuración no depende de la existencia de un proceso ejecutivo o de si la obligación estaba al día o en mora, sino del momento en el que se otorgó el crédito (...)”⁵

En seguimiento de ese trazado, la Corte Suprema de Justicia indicó que “(...) [E]n ausencia de un acuerdo de voluntades, ello supone que la ley, o en su defecto, la jurisprudencia, deben fijar las condiciones en las que esa reestructuración resultaría imperativa.

“Para ese efecto era preciso fijar unos criterios, derivados de la Constitución y de la naturaleza de las cosas, el primero de los cuales sería el de que la reestructuración tiene como propósito restituir al deudor en su capacidad de pago, al menos en relación con el momento en el que inició la mora.

“De este modo, una primera posibilidad, sería reconstituir las condiciones del crédito, asumiendo, para ese efecto, que no se hubiese presentado la mora. Ello implicaría que una vez reliquidado el crédito y aplicados los abonos, el deudor pagase, con sus respectivos intereses, las cuotas que para ese momento estuviesen en mora, y prosiguiese pagando el saldo de la obligación por lo que restase del tiempo inicialmente pactado (...)”

“La anterior solución, sin embargo, resulta insuficiente para el propósito de restablecer al deudor en su capacidad de pago que se vio alterada por unas condiciones inconstitucionales en la liquidación de los créditos.

“Una segunda posibilidad, entonces, sería reestructurar la obligación, tomando como referencia la fecha en la que el deudor incurrió en mora, pero sin exigirle el pago inmediato de las cuotas

⁴ Artículo 39 de la Ley 546 de 1999

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T881 de 2013, citada en Sentencia STC6767-2015 de fecha Mayo 29 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia

atrasadas, sino proyectando la totalidad del saldo por el plazo que para ese momento estuviese pendiente conforme a las condiciones inicialmente pactadas.

“Una tercera posibilidad sería aquella en la cual, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudiesen llegar las partes, la reestructuración se hiciese tomando para ello el plazo máximo previsto en la ley, que es de quince años, contados a partir del momento en el que se realice la reestructuración. Las demás condiciones serían las del crédito reliquidado, con los ajustes que quepa hacer de acuerdo con la ley, y aplicando, en cualquier caso, el que resulte más beneficioso para el deudor (...).”⁶

Conforme a todas estas consideraciones, arribó la H. Corte Suprema de Justicia a la conclusión de que la reestructuración del crédito es un requisito sine qua non para la exigibilidad del crédito y que por tanto, ha de estudiarse si la misma debe ser adosada junto con el título base de recaudo para que se pueda acreditar la ya nombrada reestructuración, ello porque en palabras de la Alta Corporación, **“(...) conforman un título ejecutivo complejo y, por ende, la ausencia de alguno de estos no permitía continuar con la ejecución (...).”**

“al respecto, la Corte en un asunto de similares contornos consideró que:

“(...) Si bien podría decirse en gracia de discusión que el funcionario no se refirió a dicha cuestión, es decir, si la obligación había sido objeto de reestructuración, por estimar que el proceso ejecutivo hipotecario se originó en el 2011 y porque no se demostró la existencia de saldos insolutos antes del 31 de diciembre de 1999, tales aspectos no podrían considerarse suficientes para desestimar per sé dicho tópico, sobre todo, por tratarse el asunto de un crédito para la adquisición de vivienda, situación que ameritaba interpretarse con mayor énfasis a la luz de la Carta Política y la doctrina constitucional (...).”

“En esa línea, pretirió la viabilidad de la reestructuración⁷, en virtud de los lineamientos contenidos en el artículo 42 ejúsdem, y en la providencia SU-813 de 2007, en particular, porque la concesión de tal beneficio “(...) no depende de la existencia de un proceso ejecutivo o si la obligación está al día o en mora [a corte de 31 de diciembre de 1999] (...)”⁸ (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

2.6. Caso Concreto

Para atender la resolución de los problemas jurídicos planteados, resulta pertinente para el Tribunal recordar que se está en presencia de un proceso ejecutivo hipotecario, cuyo objeto radicaba en cobrar por la vía judicial las sumas que en relación con el pagaré obrante a folio 7 y 8 (Cuaderno de Primera Instancia), obligan a los señores JAIME ARGUELLES LARA Y GLORIA MARIA CASTAÑO VARGAS, como consecuencia del saldo insoluto por un préstamo de dinero para la adquisición de vivienda, que vino garantizado con la hipoteca que sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 040-59314, fue otorgada por los ejecutados

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 727 de 2012

⁷ Al respecto, la sentencia SU -813 de 2007 expuso “(...)La reestructuración implica tanto la conversión del crédito del sistema UPAC a UVR, como el reconocimiento de los abonos previstos en el artículo 41 de la ley en mención, conforme al cual: ‘Los abonos a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999, de préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo (...).’

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-319 de 2012 en Sentencia STC6767-2015 de fecha Mayo 29 de 2015 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

a favor del ejecutante, a través de la Escritura Pública No. Escritura Pública No. 3439 otorgada el 23 de Diciembre de 1.992 en la Notaría Cuarta del Circulo Notarial de Barranquilla.

En otras palabras, entiende esta Sala que el proceso de ejecución *sub visu* tiene como base un título valor consistente en el Pagaré No. 33665, suscrito por JOSE MIGUEL CARRILLO MENDOZA y MIRIAM CELESTE VILLA DE CARRILLO en favor de la CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA "CORPAVI", hoy BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA, antes CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA "UPAC" COLPATRIA, que viene acompañado de la Escritura Pública de Hipoteca No. 3439 otorgada el 23 de Diciembre de 1.992, documentos ambos que dan cuenta de la obligación de la cual se pretende el pago total y conforman una unidad jurídica, más no material, que está conformado por una serie de documentos unidos por una relación de causalidad, al venir efectuado uno como consecuencia del otro, la escritura como corolario del mutuo para adquisición de vivienda expresado en el pagaré.

Expone la parte demandada la excepción de mérito denominada como "*Inexigibilidad del título ejecutivo u obligación del proceso porque no existe la constancia de reestructuración del crédito elemento indispensable para conformar el título complejo*", con la cual busca destruir la prosperidad de la ejecución propuesta por el demandante.

En el *sub lite*, se establece, con el documento obrante a folio 7 y 8 del cuaderno principal de la primera instancia, el pagaré N° 33665 de fecha 5 de Febrero de 1993, en el que el mismo expresa, de forma clara, el monto en unidades de PESOS que la entidad acreedora desembolsó a los demandados, e igualmente, la obligación de esta última de devolver la referida suma, en determinadas cuotas, calculables en la forma aritmética establecida en el mismo título ejecutivo. Además, tal instrumento cumple con los requisitos exigidos en los artículos 621 y 709 del Código de Comercio.

Igualmente, con la demanda se aportó la primera copia de la Escritura Pública N° 3439 otorgada el 23 de Diciembre de 1.992 en la Notaría Cuarta del Circulo Notarial de Barranquilla, debidamente registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-59314 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, contentiva del gravamen hipotecario constituido por los referidos deudores en protección de la deuda materia de la cobranza y que, a través de este litigio, la parte ejecutante pretende hacer efectiva.

Sin embargo lo anterior, revisado el expediente de forma detallada, no se observa documento que acredite la reestructuración del crédito, que viene a ser un derecho de talante Constitucional si se tiene en cuenta que el crédito discutido, fue para la adquisición de vivienda.

En este orden de ideas, comoquiera que no obra en plenario documento que dé cuenta de la aludida reestructuración, el título se encuentra incompleto, pues aquel debió adosarse al pagaré objeto de recaudo, y por tal motivo, dadas las circunstancias del asunto, la obligación no se torna exigible ni clara.

Así las cosas, no le asiste razón al a-quo al considerar que basta con el Pagaré suscrito por la parte demandada para seguir la ejecución, pues como se dijo, el título ejecutivo para el caso es complejo y por tal razón, debió aportarse la reestructuración del crédito para efectos de determinar con claridad y precisión todos los aspectos relativos a las nuevas condiciones

del mutuo de vivienda celebrado, documento que se vuelve indispensable además, para lograr la concreción del capital que se encuentra en mora, la tasa de interés, etc.

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencias SU-813 de 2007 y T- 881 de 2013, Sentencia STC6767-2015 de fecha Mayo 29 de 2015 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

DEMANDANTE: Banco Colpatria- Red Multibanca

DEMANDADO: Jaime Arguelles Lara Y Gloria María Castaño Vargas

FECHA: Agosto 11 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2001-00295-01/**38241**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Decreta terminación del proceso ejecutivo. Levanta medidas cautelares. Ordena desglose del título valor. Condena en costas.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL- Es necesario verificar el contenido de las cláusulas de la oferta a efectos de precisar el sentido y alcance de las obligaciones a cargo del sujeto obligado a cumplir con los trámites de descargue y nacionalización de la mercancía importada/**COMPRAVENTA INTERNACIONAL-** Obligaciones del comprador: obtener a su costo y riesgo los permisos necesarios para importar el producto, cumplir los requisitos legales y fitosanitarios para la internación del mismo, pagar todos los impuestos y/o aranceles en Colombia sobre la mercancía comprada o sobre el embarque, garantizar la descarga

Causa fáctica: En el presente caso, se pretende que se declare la responsabilidad contractual de la agencia de aduanas y operadora logística, en razón a un embarque tardío de la mercancía adquirida por el demandante, dentro del plazo de vigencia de las autorizaciones o permisos de importación.

Extractos: “En primer lugar la Sala destaca como conclusión anticipada que el contrato de compraventa de arroz paddy celebrado entre el Molino demandante y la firma extranjera Newfield Partners LTD, tuvo como antecedente necesario la oferta o propuesta comercial de 11 de junio de 1998, la que fuera aceptada tácitamente por su destinatario, el hoy demandante, Molino Arrocero Vergara LTDA, mediante actos de ejecución del contrato, - hecho confesado en la demanda, hecho quinto-, y por tanto, es necesario recordar el contenido de varias cláusulas de la denominada oferta a efectos de precisar el sentido y alcance de las obligaciones a cargo del sujeto obligado a cumplir con los trámites de descargue y nacionalización de la mercancía importada; punto crucial para la definición de ésta litis.

1. En efecto, se tiene que la “oferta”, fechada 11 de junio de 1998, suscrita por Medardo Bermeo Florez, Representante Legal de Newfield Partners Ltda, sociedad vendedora, dirigida o destinada a Arrocera Vergara atentamente Luis A Vergara, la cual entre otros términos establece: (cfr. folios 9 a 12, Cuaderno Principal 1):

PERIODO DE EMBARQUE: Máximo 10 días después de recibir la transferencia bancaria correspondiente al 10% del valor de la negociación en todos sus respectos.

LICENCIA DE IMPORTACIÓN: El comprador, antes de la llegada del barco al puerto de descarga, deberá obtener a su propio costo y riesgo los permisos necesarios para importar el producto y satisfacer los requisitos legales y fitosanitarios para la internación del producto.

IMPUESTOS: Todos los impuestos y/o aranceles presentes y/o futuros en el país de destino sobre la mercadería y/o sobre el embarque y/o flete serán siempre por cuenta del comprador.

DESCARGA: El comprador garantizará un ritmo descarga mínimo de 1.000 tm wwd shex uu wipun wibom wifpon wcon.

DEMORA/DESPACHO: de acuerdo con el “chárter party” por cuenta del comprador.

COORDINACIÓN: Sin costo alguno para el comprador, nosotros coordinamos el descargue. La nacionalización y el despacho a sus instalaciones.

2. Vale insistir que en este caso, la oferta o propuesta de negocio jurídico realizada por la Compañía Norteamericana y dirigida al Molino demandante, relacionada con la compraventa de arroz paddy, fue aceptada por la empresa destinataria, es decir, la hoy demandante, de tal suerte que, tal aceptación –confesada en el hecho quinto de la demanda- se configuró no de manera expresa sino por la materialización de hechos inequívocos de ejecución del contrato propuesto (artículo 854 Código de Comercio), tales como, el pago del 10% del valor del anticipo ocurrido al día siguiente –junio 12 de 1998- de la fecha de la referida oferta (cfr. folios 13 y 17 refoliación, Cdo principal).

3. En este orden de ideas, y teniendo como norte el contrato de compraventa de arroz paddy, que se perfeccionó, se repite, por la aceptación tácita de la oferta mercantil que realizara el Molino Arrocerero Vergara LTDA, debe afirmarse desde ahora que al comprador, hoy demandante, le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de descarga y nacionalización de la mercancía comprada, pues, fungía en ese acuerdo internacional como importador de aquélla, además, el contrato ajustado derivado de la oferta así lo indica, cuando señala entre otras obligaciones a cargo del comprador, las de obtener a su costo y riesgo los permisos necesarios para importar el producto, cumplir los requisitos legales y fitosanitarios para la internación del mismo, pagar todos los impuestos y/o aranceles en Colombia sobre la mercancía comprada o sobre el embarque, garantizar la descarga, según se advierte de manera indubitable en el texto de la aceptada oferta, bajo las denominaciones “licencia de importación”, “impuestos”, “descarga”, “demora/despacho”; obligaciones legales y contractuales para cuyo cumplimiento ciertamente contrató a las demandadas, Trademar, como operador portuario, y Almagrario, como agente de aduanas.

6.1 En efecto, la ley Colombiana relacionada con la responsabilidad de la obligación aduanera, vale decir, el Decreto 1909 de 1992, indica, entre otros aspectos que, la obligación aduanera, nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional; obligación que comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros, y de las sanciones a que haya lugar; responsabilidad en el cumplimiento de tal obligación que se atribuye por ley (artículo 3 decreto 1909 de 1992) al importador, al propietario, o al tenedor de la mercancía; todo lo cual conduce a la Sala a afirmar sin ambages que, el Molino Arrocerero Vergara LTDA, como importador del arroz paddy, era el obligado al cumplimiento de la referida obligación aduanera en la importación, además, que tal obligación establecida por la ley estaba señalada en la convención ajustada con la empresa vendedora del grano.

6.2 Nótese para reafirmar lo dicho que, la vendedora del grano sólo se encargó de coordinar el descargue y la nacionalización de la mercancía, tal como lo dice en su cláusula final la multicitada oferta mercantil de 11 de junio de 1998, asunto que no podía ser de otra forma,

pues, se reitera que la obligación de nacionalización de mercancías importadas al país corresponde al importador, o propietario, o tenedor de las mismas, que en este caso no es otro que el demandante Molino Arroceros Vergara LTDA.

6.3 Con este panorama, es claro que el importador comprador contrató a las empresas demandadas, Trademar LTDA y Almagrario S.A., a efectos de descargar el arroz comprado, transportado en la Motonave Norman Progress, y hacer los trámites de nacionalización de la mercancía adquirida, pues, tales labores son inherentes a un operador portuario como lo es Trademar LTDA, y un agente de aduanas como Almagrario S.A., vale decir, Trademar LTDA, se obligó a descargar el arroz importado por el demandante, y Almagrario S.A., a su nacionalización en el marco de la legislación aduanera vigente para la época.

6.4 Lo afirmado se acredita con el siguiente iter contractual que se refleja en el proceso y se admite por las partes:

6.4.1 El Representante Legal de la Sociedad vendedora el 25 de junio de 1998, envió memorando al accionante mediante el cual le estimó los costos de nacionalización y descargue de mercancía arroz paddy, advirtiendo que los dineros por esos conceptos debían estar listos ese mismo día, para pagar los aranceles el viernes siguiente (cfr. folio 21, ídem).

6.4.2 El 26 de junio de esa misma anualidad el Gerente Regional de Trademar LTDA, solicitó a Víctor Guerra y Cía S en C., y a la Arroceros Vergara, sumas de dinero para la provisión de fondos para la nacionalización de la carga proveniente en la Motonave Norman Progress (cfr. folios 22 y 23, ídem).

6.4.3 A su turno, el Molino demandante, ese mismo día, hizo entrega a TRADEMAR LTDA de los documentos requeridos para la nacionalización del arroz paddy importado, vale decir, vistos buenos a las licencia de importación y permisos fitosanitarios (cfr. folios 27 y 28, ejusdem).

6.4.4 El 27 de junio de 1998, Trademar LTDA solicitó al Molino Arroceros Vergara y Víctor Guerra y Cía S en C., la provisión de gastos de nacionalización, los cuales debían ser consignados en la cuenta corriente que poseía Almagrario S.A. en el Banco Ganadero (cfr. folio 28, ídem); luego mediante comunicación calendada ese mismo día, el Molino demandante autorizó al Banco Ganadero debitar de su cuenta de ahorros la suma requerida para cubrir los referidos gastos y a su vez depositar esa cantidad en la cuenta de Almagrario S.A. (Cfr. folio 30, ídem).

6.4.5 Posteriormente, el 10 de julio de 1998, Almagrario S.A. informó, entre otras, a Trademar LTDA., que la mercancía llegada en la motonave Norman Progress no era procedente nacionalizarla debido a que los registros tenían como vencimiento el 30 de junio de esa misma anualidad (cfr. folio 31, ídem), razón por la que el Molino Arroceros Vergara LTDA solicitó a Trademar LTDA., la devolución de la diferencia a favor de los valores entregados como provisión para gastos de nacionalización y descargue (cfr. folio 46, ejusdem).

6.4.6 El 8 de julio de 1998, el Molino demandante le indicó a Newfield Partners irregularidades o “*incumplimientos*” de su parte en el contrato de compra del arroz paddy tantas veces mencionado, entre ellas, que se excluirían de cualquier pago por demora que se genere en el descargue de la referida mercancía (cfr. folios 40 y 54, ídem).

6.4.7 Así mismo el 15 de julio de esa misma anualidad el actor solicitó a Trademar LTDA, extracto de cuenta de los dineros entregados para nacionalización de 1166,89 toneladas de arroz paddy, especialmente Almagrario S.A., quien indicó que había sido designada por la primera como sociedad de intermediación aduanera; por lo que Trademar LTDA procedió a realizar la respectiva relación presentando un saldo a favor del accionante (cfr. folios 35 y 49, íbidem).

7 Con todo lo afirmado, la Sala concluye en definitiva que, las obligaciones de descargar el arroz importado y nacionalizar esa mercancía vendida por la empresa extranjera, estaban a cargo del comprador importador, Molino Arrocero Vergara LTDA, quien a su turno, a efectos de satisfacer tales prestaciones contrató a las demandadas, profesionales cada una de ellas en sus actividades de operador portuario y agente de aduanas; empero, la Sala, igualmente concluye, con fundamento en la argumentación probatoria que a continuación se explica, que las demandadas no pudieron lograr su cometido, o, si se prefiere, incumplieron el acuerdo, por actos o hechos que no le son imputables, y, por lo mismo, no puede predicarse responsabilidad contractual a su cargo como quiera que ciertamente fue el hecho de un tercero, en este caso, la firma vendedora del arroz la que por haber despachado tardíamente el cargamento de arroz comprado por el demandante generó la imposibilidad de cumplimiento de las demandadas, puesto que, el arribo tardío de la mercancía al Puerto Colombiano de Barranquilla, después del vencimiento de los permisos de importación tornó imposible el cumplimiento de la prestación a cargo de las convocadas.

7.1 Los asertos precedentes se demuestran de la siguiente manera:

7.1.1 La sociedad vendedora conforme a los términos de la oferta, debió embarcar las mercancías a más tardar diez (10) días después de haber recibido la transferencia bancaria, es decir, a más tardar el 22 de junio de 1998, situación que no aconteció por cuanto solo hasta el 24 de junio de esa misma anualidad procedió en embarcar las mercancías, vale decir, dos (2) días después de lo pactado, hecho que se corrobora con la expedición de los conocimientos de embarque número 1, 2 y 12, así como los certificados fitosanitarios y de fumigación, fechados todos 24 de junio de 1998 (cfr. folios 228 a 245, Cuaderno Segunda Instancia).

7.1.2 El Molino demandante el 13 de julio del citado año le solicitó a la sociedad vendedora la entrega de 353 toneladas de arroz paddy amparadas por los conocimientos de embarque número 2 y 12, ya que había girado en debida forma el pago del anticipo, indicándole que habían incumplido el contrato que era despachar las mercancías a más tardar el 22 de junio, perdiendo así el cupo otorgado para la importancia de las restantes (813,89), luego el 15 de julio siguiente el referido molino solicita que las demoras ocasionadas sean tratadas en segundo plano pero con un estudio a bien a fondo dadas las circunstancias bajo las cuales se presentaron esos hechos (cfr. folios 44 a 45 y 51, cuaderno 1).

7.1.3 En el acta de visita número 749, adiada 1° de julio de 1998, realizada a las 01:20 A.M., se dejó constancia de que la motonave Norman Progress arribó a las 10:52 P.M. del 30 de junio de 1998, con fondeo (anclaje) a las 01:05 A.M. del 1° de julio siguiente (cfr. folio 8, Cuaderno de Pruebas), por lo que Trademar LTDA., comunicó a(l)(los) representante(s) de la sociedad vendedora que así era imposible realizar el levante (disposición) de las mercancías, toda vez que, existió siempre duda en cuanto al “ETA” Estimated Time of Arival (tiempo estimado de arribo), es decir, llegaba con los términos de los registros vencidos (cfr. folio 129, cuaderno 1).

Destaca el Tribunal los datos contenidos en el acta de visita referida (fl 8 cdno de pruebas), como quiera que tal documento coloca de presente sin dubitación alguna que, la motonave Norman Progress, que transportaba la mercancía adquirida por el demandante, arribó al puerto de Barranquilla, el 30 de junio de 1998, a las 22:52 horas, quedando en fondeo el 1 de julio de 1998, a las 01:05 horas y fue objeto de visita por las autoridades portuarias el mismo día 1 de julio de 1998, a las 01:20 horas, de tal suerte que, igualmente resulta evidente que para el 1 de julio de 1998, fecha del fondeo del barco en el muelle de atraque, Las Flores, ya había expirado la vigencia del registro de importación de las 813,89 toneladas de arroz, distinguido con el N° L0797100-2955324 (fl 81 cdno principal), razón por la cual, no era posible el cumplimiento de la obligación a cargo de las demandadas, pues, de un lado, -para decirlo de otra manera- la mercancía objeto de nacionalización arriba al puerto de Barranquilla, el 1 de julio de 1998, y por lo mismo, ya había expirado, se repite, el registro de importación correspondiente a las 813,89 toneladas, que vencía, se itera, el 30 de junio del mismo año, haciendo imposible la prestación de hacer a cargo de la parte pasiva.

Finalmente, se resalta que el registro o licencia de importación contiene la fecha de validez del mismo, motivo por el cual parece obvio afirmar que una vez vencida la referida calenda se torna imposible legalizar o nacionalizar la mercancía amparada por el referido registro de importación, y en ese sentido parece de perogrullo afirmar que, tales documentos en relación con su vigencia o validez son improrrogables, a tal punto que será menester obtener nueva licencia en caso de vencimiento de la otorgada; con el agregado cierto de que, el Molino Arrocerero Vergara Ltda, admite la pérdida de vigencia de la referida licencia o registro de importación cuando en la comunicación de julio 13 de 1998, dirigida a la firma extranjera vendedora del arroz, le indica: “ustedes incumplieron en lo contratado que era despachar a más tardar el día 22 de junio de 1998, **por lo que perdimos el cupo otorgado por el Gobierno Colombiano, permiso este otorgado hasta junio 30 de 1998 como fecha máxima para nacionalizar**” (fl 57 cdno principal 1, correspondencia de julio 13 de 1998, negritas fuera de texto).

7.1.4 El representante de la sociedad vendedora el 17 de julio de 1998, le propuso como acuerdo final al Molino demandante recomprarle el arroz paddy amparado en el conocimiento de embarque número 1 (813,89 toneladas), que de ser aceptado se comprometía a no realizar ningún reclamo adicional sobre el primigenio negocio, incluso por un precio mayor del que lo compro, vale indicar al precio de U\$ 291,85, discriminado así: precio base U\$ 286,00 más 5,85 premios, (cfr. folio 57, cuaderno 1), acuerdo que finalmente es aceptado autorizándole la entrega de las toneladas que si se pudieron nacionalizar según los permisos otorgados (cfr. folios 58 a 66, ídem).

8 Puestas así las cosas, es evidente que el embarque tardío de la mercancía adquirida por el demandante, retardo imputable a la vendedora del arroz, hizo imposible a las demandadas, operador portuario y agente de aduanas, cumplir cabalmente sus obligaciones que dependían como se sabe de la llegada oportuna de la mercancía al Puerto de Barranquilla, es decir, dentro del plazo de vigencia de las autorizaciones o permisos de importación; hecho que probado está no ocurrió como se estipuló en el contrato de compraventa derivado de la oferta, y por tanto, se insiste, el incumplimiento achacado a las demandadas no se les puede imputar jurídicamente por el señalado retardo atribuible a la vendedora del grano, domiciliada en Estados Unidos de Norteamérica.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 854 Código de Comercio. Decreto 1909 de 1992. Principios Unidroit.

DEMANDANTE: Molino Arrocerero Vergara LTDA

DEMANDADO: Sociedades Almagrario S.A. y Trademar LTDA

FECHA: Agosto 20 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-003-2002-00010-02/ **37.291**

DECISIÓN: Confirma decisión apelada.

2. SALA LABORAL

PETICIÓN ANTES DE TIEMPO- El actor elevó su petición de pensión especial antes del cumplimiento de los requisitos legales/**PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO-**Cuenta con algunos beneficios en relación con la pensión ordinaria de vejez/**TIEMPO DE SERVICIO-** la ley permite que se disminuya en un (1) año la edad mínima para obtener la pensión, por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad. Tiempos de servicio se descuentan

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Causa Fáctica: En el presente caso, el actor pretende que se le reconozca su pensión especial por alto riesgo en razón a las exigencias benéficas que trae la ley, sin embargo, debe cumplirse con el requisito que sobre la edad trae la norma jurídica aplicable al caso para obtener el reconocimiento de la pensión deprecada.

Extractos: “El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de transición establece.

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las

demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”

Entonces, el Artículo 8o. del Decreto 1281 de 1994, en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, expone:

“Régimen De Transición Para Acceder A La Pensión Especial De Vejez.

La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años.

Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido le régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado.”

Con la expedición del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se preceptuó en su artículo 15, lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

- a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;
- b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;
- c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional.”

Esta Sala al estudiar las pretensiones de la demanda, observa que la pensión de vejez solicitada viene cimentada en la pertenencia del actor al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual no existe debate pues está acreditado que a 1 de abril de 1994, el actor contaba con más de quince (15) años de servicios cotizados; por lo tanto, deberá la Sala aplicar la normatividad vigente, siendo en este caso, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para lo cual se determinará si hay lugar a la concesión de las pretensiones de su demanda.

Ahora bien, en las premisas fácticas se dijo que el actor laboró con la sociedad INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A, desde el día 12 de julio de 1982 hasta 12 de noviembre de 1998 (fl. 16), siendo su último cargo el de control de calidad. Por eso, estima el promotor de este juicio, que las actividades realizadas por él están catalogadas como de alto riesgo, por las altas temperaturas en las que trabajaba durante las ocho horas de la jornada ordinaria de trabajo (fls. 34 a 41).

En virtud de lo anterior, se constata que el demandante cumplió con su carga probatoria de demostrar la exposición a altas temperaturas durante el tiempo arriba mencionado.

Ahora bien, examinanda la situación pensional del demandante bajo la égida del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, se arriba a la conclusión que al actor no le asiste razón en el reclamo deprecado. Pues revisado el número de semanas cotizadas aportadas por el demandante, se tiene que cotizó 1.455,14 semanas, las que al rompe serían suficientes para otorgar la prestación económica deprecada, pero de ellas, solamente fueron demostradas como cotizadas en actividades de alto riesgo las sufragadas desde 12 de julio de 1982 hasta 12 de noviembre de 1998, es decir, un total de 16 años, 4 meses y 18 días, equivalentes a 850,42 semanas. Siendo el precepto que demanda aplicar el actor, permite que se disminuya en un (1) año la edad mínima para obtener la pensión, por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad, beneficio que aplicándose al caso en concreto daría como resultado disminuirse 2 años al recurrente, es decir, que eventualmente la edad requerida sería 58 años. Pero al momento presentar la demanda el actor tenía 56 años de edad, razón por la cual, se reitera, el actor no reúne los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión deprecada.

Así las cosas, se presenta en la actuación la excepción de petición antes de tiempo, pues el demandante no esperó cumplir con la edad mínima para acceder al derecho antes de presentar la demanda, la que será declarada probada por la Sala.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Artículo 8o. del Decreto 1281 de 1994, Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año,

FECHA: Agosto 25 de 2015

DEMANDANTE: Jairo Enrique Medrano Alcázar

DEMANDADO: Administradora Colombia De Pensiones-Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2013-00398-00 / Rad Int **53.161-A**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara probada la excepción de prescripción de antes de tiempo.

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL- Procede cuando la pensión reconocida es convencional y compartida, el demandante carece de derecho a percibir las dos pensiones en forma integral, sino que la de jubilación debe compartirse con la de vejez/**CARGA DE LA PRUEBA**-Incumbe a la demandada demostrar que por convención colectiva o laudo arbitral se estableció que la pensión deprecada sería compartida

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Causa Fáctica: En el presente caso, se observa que el actor solicita percibir su pensión de jubilación junto con la pensión convencional que le fuere reconocida, al amparo de dicho instrumento jurídico.

Extractos: “La compartibilidad pensional ha sido estudiada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en muchas oportunidades, de las cuales, se trae a colación la sentencia de 9 de marzo de 2001, radicación No. 14.808, citando la sentencia de 18 de septiembre de 2000, rad. 14240, en la que dijo esa honorable Corporación:

“... se expidió el Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en los artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del código laboral y previó consecuencias para la pensión sanción, ambas de indiscutible origen legal.

‘De modo tal, que bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispuso también el artículo 259 del mismo estatuto, al señalar que “Las pensiones de jubilación . . . dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto”. (Subrayado fuera del texto).

‘Por lo tanto, bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales no contaba con reglamentos ni previsiones legales que lo obligaran a hacerse cargo de aquellas pensiones que el empleador estuviera concediendo u otorgara a sus trabajadores por mera liberalidad o fruto de la negociación colectiva, y mucho menos puede afirmarse válidamente que lo que sucede es que las pensiones antaño extralegales devienen legales al cumplirse los requisitos del artículo 260 del código porque ese curioso darwinismo jurídico no tiene contemplación legal, dado que los derechos laborales que nacen y tienen su fuente obligacional como consecuencia de un acuerdo entre particulares, no pueden transformarse simplemente por ese prurito, huérfano de un sustento normativo expreso.

‘Se advierte que esa situación se modificó parcialmente a partir de la vigencia del decreto ley 1650 de 1977 y más específicamente del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año), que en su artículo 5o dispuso: “Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

‘La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

‘Parágrafo 1º. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales>.

‘La anterior disposición se hizo más explícita en el Decreto 0758 de abril 11 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de ese mismo año, cuando al regular en el artículo 18 la compartibilidad de las pensiones extralegales, señaló: <Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación, reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, (fecha en que fue publicado el decreto 2879 de 1985 en el diario oficial No.37192), continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado (subrayas fuera del texto).

‘Parágrafo-. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales>.

‘Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.”

Observa la Sala, que la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se produjo en forma paulatina, comenzando con las pensiones de naturaleza legal, por eso, los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, permitieron al empleador trasladar al Seguro Social, a partir del momento de la subrogación de los riesgos, la responsabilidad del reconocimiento de las pensiones de aquellos trabajadores que al momento de asumir esas obligaciones tuvieran al servicio de su empleador más de 10 años. Así mismo, dispuso el reglamento del Seguro Social, una compartibilidad entre las pensiones legales de los trabajadores que al entrar a regir el reglamento en el respectivo departamento, tuvieran 10 o más años de servicios; en esa situación, cuando le era reconocida la pensión de vejez al trabajador, el empleador se subrogaba en la suma reconocida por ese concepto, quedando a su cargo el mayor valor entre las dos pensiones, si a ello hubiera lugar.

Posteriormente, el Acuerdo 029 de 1985, le permitió a los empleadores que reconocen pensiones convencionales, compartirlas, mediante el pago de las cotizaciones faltantes para que el trabajador retirado por pensión de esa índole, obtuviera al cumplir la edad requerida por el reglamento de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la pensión de vejez. Situación que se consolidó con el Acuerdo 049 de 1990, en el que se mantuvo la compartibilidad no solo para las pensiones de carácter legal, sino también para las demás pensiones a cargo del empleador y que sean reconocidas a partir del 17 de octubre de 1985, como se establece en el artículo 18 ibídem.

Conforme a lo anterior, se puede asegurar, que en materia de compartibilidad pensional existen dos reglas a saber:

1ª Todas las pensiones convencionales reconocidas por los empleadores a partir del 17 de octubre de 1985, son, por regla general, compartibles, salvo disposición en sentido contrario en la convención o laudo arbitral.

2ª Toda pensión convencional reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, es, por regla general, incompatibles, salvo disposición en contrario en la convención o laudo arbitral.

Ahora bien, quien asegura encontrarse en una excepción, debe probar la misma. Por ello, como la pensión de jubilación del demandante le fue reconocida el día 11 de septiembre de 1985, ello indica que por regla general es incompatible, siendo de incumbencia de la demandada demostrar que por convención colectiva o laudo arbitral se estableció que esa pensión sería compartida. Lo anterior, tal como lo dispone el artículo 167 del C.G.P., antes artículo 177 del C.P.C.

Respalda lo anterior, lo manifestado por la CSJ-SL en sentencia de 9 de julio de 2008, radicación No. 30.267, quien al tratar sobre la carga de la prueba de las pensiones convencionales reconocidas con anterioridad y posterioridad al 17 de octubre de 1985, señaló, que:

“De contera, incurrió también el Tribunal en la aplicación indebida de los artículos 177 del C. P. C., al exigir al demandante una carga probatoria que no tenía, y 195 ibídem, al quitarle validez a la manifestación expresa sobre la naturaleza convencional de la pensión, realizada por la demandada, a través de su apoderado, en la contestación al hecho séptimo de la demanda.

Así mismo, no era necesario al actor entrar a demostrar si la pensión convencional estaba sometida a condición resolutoria o no, porque dicha carga probatoria correspondía a la demandada, quien, además, no alegó tal hecho en la contestación de la demanda, por lo que al habérsela atribuido al demandante, igualmente, incurrió en aplicación indebida del mencionado artículo 177.”

Al estudiar el material probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra que a folios 61 a 74 del expediente obra la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1983 a

1985, celebrada entre la ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE ENERGIA ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA, la que contiene la respectiva nota de depósito, con lo que se cumplió con los requisitos establecidos en los artículos 470 y 471 del C.S.T., por tanto es fuente de derecho y, sobre la pensión de jubilación, estableció en su artículo segundo, lo siguiente:

“Todo trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta y cinco (55) años de edad, o cincuenta (50) si es mujer después de haber prestado veinte (20) o más años de servicios a la Electrificadora del Atlántico S.A., tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

....

La empresa pagará directamente la suma correspondiente a ese 75% al trabajador, siempre que esta autorice mediante documento debidamente legalizado a recibir como reembolso (repetir) del Seguro Social, o de la entidad competente, según la Ley, las sumas mensuales que esta última entidad reconozca a dicho trabajador por concepto de pensión de jubilación, según el estatuto de dicho Seguro estatal o de la respectiva entidad.

La presente obligación de pago directo de la pensión de jubilación por parte de la Electrificadora del Atlántico S.A., cesará en el momento en que el trabajador suspenda o revoque a la Electrificadora dicha autorización para recibir como reembolso la suma mensual a cargo del Seguro social, o de la entidad competente según la Ley. A partir de ese momento, la empresa solo pagará la diferencia entre la pensión liquidada por dicho Seguro y la suma correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicio...”

Teniendo en cuenta lo anterior, la demandada cumplió con su carga probatoria, puesto que demostró que convencionalmente había pactado con el sindicato de sus trabajadores la compartibilidad de la pensión de jubilación convencional, al establecer en el artículo segundo de la convención en cita que “...la empresa solo pagará la diferencia entre la pensión liquidada por dicho Seguro y la suma correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicio...”.

Así las cosas, como quiera que la pensión reconocida al demandante por la demandada es convencional y compartida, el demandante carece de derecho a percibir las dos pensiones en forma integral, sino que la de jubilación debe compartirse con la de vejez, como lo ha venido haciendo la demandada. Por eso, la Sala deberá revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

No sobra indicar, que en este caso, igualmente, se encuentra probado que la demandada cumplió con la obligación de continuar cotizando para pensión por cuenta del actor ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hasta el 30 de julio de 2009 tal como se desprende de la Resolución No.11783 de 21 de julio de 2010 (fls. 13 a 15).”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral: sentencias de 9 de julio de 2008, radicación No. 30.267, de 9 de marzo de 2001, radicación No. 14.808, citando la sentencia de 18 de septiembre de 2000, rad. 14240.

DEMANDANTE: Héctor Peluffo Mendoza

DEMANDADO: Electricaribe S.A. E.S.P.

FECHA: Agosto 25 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-05-005-2013-00520-01/ 53.311- A

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada.

3. SALA PENAL

HOMICIDIO CULPOSO- Lesiones personales culposas y provocación de inundación o derrumbe en la modalidad culposa/ **EMPRESA CONSTRUCTURA-** Realizaba obras sin la debida autorización legal en el predio donde se construiría el edificio San Valentín/**POSICIÓN DE GARANTE-**La construcción ilegal incrementaba el riesgo permitido y asumía sustancialmente la *posición de garante* frente a los predios colindantes que contaba entre ellos con el apartamento colapsado

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que las víctimas pretenden una condena por los perjuicios causados por la muerte de una persona que vivía en un apartamento que colapsó por la construcción de un edificio colindante.

Extractos: “Entonces, si mediante oficio OCU-0884-2006 de la Curaduría Urbana N° 2, de fecha 23 de mayo de 2006, se informa que a GEENCO LTDA, le fue otorgada licencia de demolición total de inmueble ubicado en la calle 58 N° 38-62, por razón de la resolución 187 del 19 de abril de 2006. Y que la licencia de construcción, está en trámite, ya que el acto administrativo no ha sido expedido o autorizado, a raíz de las correcciones que debía hacer en los planos arquitectónicos, es apenas elemental que no tenía esta firma constructora la facultad para realizar trabajos de construcción incluidas las excavaciones y esto es perfectamente verificable en las foliaturas tanto que los recurrentes se refieren a tal exigencia y a su vez prevención en forma por demás despectiva para incursionar argumentativamente en otro escenario como lo es las debilidades estructurales del apartamento siniestrado.

Labor que se refleja encomiable para los profesionales del derecho; pero las voces juradas del curador urbano N° 2 del Distrito de Barranquilla Roque Amin Escaf, ante el tópico tratado en el segmento anterior que guarda estricta relación con el entendimiento de licencia para demoler y licencia para construir nos los explica en su declaración jurada del día 10 de noviembre de 2006, en forma prolija e incluso apostillando conceptualmente que la constructora Geenco Ltda., con su actuar irregular; es decir por fuera de la autorización legal **magnificó el riesgo** que per se es propio de la actividad de construcción de inmueble cuando hace excavaciones no autorizadas, veamos lo que dijo sobre el particular:

“Contesto: El acto administrativo objeto de su consulta no se encuentra ejecutoriado y sobre el acto administrativo se interpusieron los recurso (sic) para agotar la gubernativa, en este caso se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, recurso de reposición que se encuentra pendiente a resolver. Preguntado: De acuerdo a su respuesta anterior significa que el titular de la licencia no puede ejecutar a la fecha la construcción de la obra nueva que le fue autorizada en dicho acto administrativo. Contesto: considero que mientras que un acto administrativo no esté en firme no se debería iniciar la construcción de la obra objeto de la licencia. La fiscalía reasume el interrogatorio así: Preguntado: Diga el declarante, si usted recuerda que dentro de la solicitud para demoler el inmueble localizado en la calle 58 N° 38-62, se encontraba

solicitud para realizar excavaciones en el terreno y si en esa petición, existían cláusulas para proteger los predios colindantes. Contesto: La licencia de demolición es único y exclusivamente para demoler el inmueble, en el momento en que se empiecen a realizar las excavaciones estas son parte inherentes al proceso de construcción del proyecto arquitectónico, para el caso que nos ocupa en el acto de administrativo que otorgó la licencia de demolición total no se autoriza la realización de excavaciones. En la parte resolutive del acto que otorgó la licencia de demolición que igualmente se aportó a la Fiscalía, se establecen disposiciones que se encuentran en el decreto 564 específicamente en el artículo 32 en las cuales entre otras el titular deberá cumplir con la siguiente obligación “ejecutar las obras de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público...”⁹”

Ante este evento ilegal advertido por el curador de marras y como bien se dijo ut supra la constructora Gennco Ltda., si realizaba obras sin la debida autorización legal en el predio donde se construiría el edificio San Valentín, incrementaba el riesgo permitido y asumía sustancialmente la *posición de garante* frente a los predios colindantes que contaba entre ellos con el apartamento colapsado, todo por elemental y también con profundo eco en la doctrina penal sobre este tema, veamos que dice:

“Importantes deberes de supervisión y control conciernen también al impedimento de accidentes de trabajo en la empresa o en las obras o en trabajos de construcción, para los que, en el último supuesto, existe por igual un deber de aseguramiento tanto hacia los trabajadores como hacia la comunidad. Al este respecto, la posición de garante afecta básicamente al constructor y no al promotor comitente de la obra o al director de obra representante de éste (BGHst 19, 286). La posición de garante que se deriva del deber general de aseguramiento del tráfico del promotor comitente continúa sin embargo vigente en la medida en que él asume la responsabilidad de la elección del constructor encargado... Si él percibe que el constructor... trabaja descuidadamente o que surge una nueva fuente de peligro, a la cual el constructor encargado posiblemente no va a poder hacer frente con sus medios y conocimientos, no puede (el promotor) permanecer pasivo. Lo mismo rige para aquel que asume por él la tarea – sea por ejemplo, como arquitecto o como especialista en cálculo de estructuras estáticas- en este ámbito de velar en la ejecución de la construcción... Por lo demás en la realización de obras en la vía pública el deber derivado de la posición de garante de supervisión y control para asegurar las obras mediante barreras y señales luminosas ha ocupado frecuentemente a la jurisprudencia.”¹⁰ (Subrayado fuera del texto original)

Ya hasta aquí no observa la Colegiatura, que las desgravaciones o argumentos que esgrimen los impugnantes en contra de la sentencia condenatoria tengan vocación de prosperidad, a pesar de sus notables esfuerzos los cuales se recientes ostensiblemente ante las mismas objetividades panorámicas que nos brinda el informe policivo, que con apoyo de topógrafo y arquitecto nos presentara en fase de instrucción el miembro del cuerpo técnico de investigaciones de la fiscalía Alfredo Coronado Janer, también con apoyo en el estudio de suelo realizado el 5 de abril de 2006, por Jorge García Coneo, ingeniero civil con matrícula profesional N° 0880215270 Atlántico, especialista en gerencia de obras, incluyendo dentro de sus conclusiones en el numeral 2° los siguiente:

⁹ Folio 6, cuaderno original N° 2.

¹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales forma de aparición del delito. Ediciones Thomson Reuters- Civitas. 2014. Pág. 886 y 887.

“Independientemente de las características constructivas del apartamento que se derrumbó, en el proceso constructivo y le ítem correspondiente a las excavaciones, éstas no se hicieron cumpliendo las especificaciones técnicas requeridas y no se cumplió con las recomendaciones para la ejecución de este tipo de obras y lo que es pero (sic) se desconoció alguna de las consideraciones señaladas en el estudio de suelo realizado el día 05 de abril de 2006, por Jorge García Coneo ingeniero civil con matrícula profesional N° 0880215270 Atlántico, especialista en gerencia de obras.”

De suerte que con solo apelar al apotegma latino *res ipsa loquitur* de usanza dentro la responsabilidad civil extracontractual por negligencia médica, puede surgir esta por falta de aplicación de los protocolos adecuados, como cuando luego de una cirugía abdominal de un paciente y por intensos dolores de éste se hace necesario abrir nuevamente su abdomen para esta verificar la patología, con la sorpresa para el cuerpo médico al encontrarse en su abdomen un cuerpo extraño que es una **tijera**, concretándose una objetividad solo atribuible a la incuria de los médicos y paramédicos que desarrollaron el procedimiento quirúrgico. Igual en el caso nuestro, puede concluir la Sala, que como tal significa el apotegma referenciado *las cosas hablan por sí solas*, en el caso nuestro refulge interpolado con las ilegales excavaciones en el escenario de construcción del Edificio San Valentín, que desde luego afectó la base fundamental en donde se sostenía el apartamento siniestrado; sin importar que el día de ese suceso nefasto lloviera copiosamente en la ciudad de Barranquilla, dado que emerge ostensible la antijuricidad en los comportamientos de los procesados no solo desde el punto formal sino material con el agregado nuestro de que ni siquiera estos encartados hicieron eco a las recomendaciones que previamente se le habían hecho, para prevenir un siniestro de la naturaleza que nos ocupa máxime cuando conocían que era verdad de Perogrullo para la época del suceso nefasto de las no buenas condiciones meteorológicas de la ciudad de Barranquilla, que de una u otra manera afectarían el normal desarrollo de la construcción, ya que era época de lluvia, todo lo cual constituían factores que obligadamente aconsejaban a tomar las medidas materiales de rigor en razón del marco sensible de la previsibilidad. ¹¹

(...)

Todo ratificado bajo la gravedad de juramento por el señor Alfredo Elías Coronado Janer, en su testimonio rendido el 27 de mayo de 2009, ante la Fiscalía 42 de la Unidad de Vida, cuando ante cuestionamientos por parte del delegado fiscal, sobre las causas probables que originaron el derrumbe del apartamento señaló:

“Preguntado: De acuerdo con su informe del 16 de mayo de 2006, en sus conclusiones usted manifiesta en el numeral segundo que independientemente de las características constructivas del apartamento, que se derrumbó en el proceso constructivo y el ítem correspondiente a las excavaciones éstas no se hicieron cumpliendo con las especificaciones técnicas requeridas y no se cumplió con las recomendaciones del ingeniero de suelo Jorge García Coneo. De acuerdo con su

¹¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Pedro Munar Cadena sentencia del 22 de julio de 2010, ref.: No.41001310300420000004201. pág. 19: así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el Juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 ibidem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anomalía de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento.

concepto esta sería la causa fundamental para que se hubiera derrumbado el apartamento o podría existir según su experiencia alguna otra causal. Contesto: Otra causal que podría causar el derrumbe sería un movimiento telúrico ya que éste apartamento fue contruido mucho antes de que se legislara el código de sismo resistencia y sin embargo se encontraba estable antes de que iniciara la construcción del proyecto multifamiliar San Valentín, como lo manifiesta el ingeniero civil Jorge García Coneo en su estudio de suelo.¹²

La Sala, acudiendo a la dogmática basada en las reglas especiales contenidas en el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, las cuales son los principios de la sana crítica, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, etcétera; nos permite concluir que el testigo Alfredo Elías Coronado Janer, es excepcional por cuanto en fecha del 16 de mayo de 2006, a escasos cinco días de ocurrir el siniestro del apartamento y con evidentes secuelas que notifican ampliamente lo acontecido nos rinde un informe policivo enmarcando todas esas situaciones, por lo que apenas natural que tenga una formación mental más precisa o clara sobre los contornos variables que pudieron generar físicamente el derrumbe; entre ellos las *excavaciones ilegales* necesarias y previas al levantamiento del edificio San Valentín, que a la sazón en su concepto y que acoge la judicatura fue la causa más eficiente para que hubiese el desplazamiento del terreno base de la estructura del apartamento, sin importar lo vetusto o mal construido que fuera ya que en esas condiciones pasó más de treinta años sin problemas de ninguna naturaleza.

Por otra parte, se cuenta en el informativo procesal con el peritazgo que realizara el Ing. Claudio Curvelo, el día 2 de septiembre de 2008, el cual es utilizado por el fallador de primera instancia para solidificar la sentencia condenatoria y por la defensa para pulverizar los argumentos anteriores en los siguientes términos:

Juez:

Toma como criterio básico que origina el desplome del apartamento el aparte del concepto pericial que guarda relación con que:

“1.El suelo de soporte de la edificación como lo indica el estudio de suelos corresponde a un suelo granular de baja plasticidad, el cual, como lo indica el estudio de suelos del día 22 de mayo de 2006 realizado por la firma Construsuelos Ltda, indica que el suelo en su superficie y hasta una cierta profundidad fue alterado por las escorrentías de las aguas superficiales producto de las lluvias ocurridas en ese momento. Así mismo, al realizarse excavaciones muy cercanas a la vivienda colapsada y por la naturaleza granular del suelo, se provocaron unos asentamiento, ya que este al momento de la excavación se desplazó hasta alcanzar su ángulo de reposo.”

Defensa:

Mientras que en la defensa también apoya su teoría en este mismo dictamen pericial, pero solo tomando a su favor la parte del mismo que guarda relación con las debilidades o inconsistencias del apartamento que fue objeto de derrumbe el 11 de mayo de 2006, aspecto que concretamos textualmente:

¹² Folio 173 y 174, C.O. N° 5.

“La construcción carecía conexiones entre los apoyos, tanto a nivel de cimentación como a nivel de placa de entrepiso, lo cual al presentarse la falla en el suelo no le permitió a la estructura responder de una manera adecuada a las solicitudes exigidas durante el evento. Es decir, sus elementos tanto a nivel de cimentación como a la altura de entrepiso no estaban conectados o estas conexiones eran muy débiles, de tal forma que ante una falla de un elemento los demás pudiesen redistribuir esfuerzos, de tal modo que la estructura pudiera dar aviso a sus ocupantes lo que estaba sufriendo y no tener una falla súbita como la ocurrida en el siniestro.”

La racionalidad es una de las bondades que tiene el ser humano a su alcance para solucionar los conflictos que a su disposición coloca la naturaleza o la actividad propia de los congéneres dentro del mundo fenomenológico y a ello acudimos ante las posiciones bifrontes a que nos convoca el impugnante frente a los argumentos de la juez de instancia, en el preciso escenario que nos brinda el dictamen pericial del ingeniero Claudio Curvelo, por lo que el consejo conclusivo que obtiene la Sala, es el siguiente:

a. Si se va a construir un edificio se deben tener en regla los documentos legales, e igual todos los estudios de factibilidad incluidos *el de suelo* y además contar con una estructura preventiva que no permita dañar las bases o cimientos de los vecinos del edificio a construir – San Valentín- cosa que aquí obvió la constructora Gnnco Ltda., tal como lo recomendó el ingeniero Jorge García Coneo, en su estudio de suelos de fecha abril 5 de 2006, porque habían unas excavaciones que aconsejaban colocar unas zapatas de apoyo a la estructura del apartamento colapsado, sin importar que su estructura sea vetusta. Recomendaciones que fueron obviadas por los procesados.

b. Al fincarse por la defensa como motivo del desplome del apartamento a su rancia e inestable existencia como bien lo dice el dictamen pericial in comento, para la Sala, tal circunstancia no le quita como causa primaria a las excavaciones ilegales o sin autorización que se hicieron removiendo la estructura terrenal del apartamento. Decir lo contrario sería tanto como razonar al absurdo y concluir en contra de las evidencias para señalar que no existieron excavaciones a la fecha del siniestro y en el terreno estrictamente aledaño al apartamento. Situación que no tolera este proceso penal.

c. Si no hay excavaciones pues tampoco hubiese habido siniestro y entonces nos preguntamos en treinta años¹³ de existencia del apartamento cuantas lluvias soportó o quién se atreve a decir que no soportó en ese lapso lluvias mayores o superiores a la que padeció el día 11 de mayo de 2006, decir que no o decir que sí es un atrevido concepto que se torna irresponsable sin prueba que sustente cualquiera de los dos puntos de la balanza hipotética.

d. No obstante todas las irregularidades advertidas tanto de perfil legal ora material ya que antes del siniestro del apartamento se había recomendado una serie de obras de naturaleza preventiva y de seguridad para el área terrenal de los vecinos a los cuales hizo caso omiso la firma constructora Gnnco Ltda., violando por contera el artículo 32 del Decreto 564 de 2006, de inexcusable obediencia en el tipo de vivienda urbana como el Edificio San Valentín, el cual dice:

¹³ Testimonio de Alonso Ortega Quintero, quien afirma que el apartamento se construyó en 1977.

Testimonio de Guillermo Buendía Olaciregui, señala que participó en el diseño y construcción del apartamento, el cual se hizo acorde a las reglas del distrito y de Icontec de la época.

“Obligaciones del titular de la licencia. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, deberá indicar al titular, el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

...Ejecutar las obras de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público...”.

Si bien es cierto que para probar un extremo dentro de un conflicto de intereses o para desdorar la aparente realidad de este extremo el legislador procesal penal, habilita a los sujetos procesales el uso de la libertad probatoria – Artículo 237 de la ley 600 de 2000- no menos cierto lo constituye la obligación del juez de valorar en conjunto los medios de pruebas acopiados – Artículo 233 ibídem - de conformidad con la sana crítica; vale decir en unión de los dictados de la ciencia, la lógica y la experiencia.

Esto para suponer que la defensa de ambos procesados se apoyan in extenso en el concepto N° 001 de junio 06 de 2006, sobre estudio de vivienda colapsada en el barrio El Recreo de Barranquilla, del ingeniero civil Rodrigo Grass Jimenez y de su posterior declaración jurada en la audiencia pública, concepto que se alindera absolutamente con fustigar la mala construcción del edificio colapsado, circunstancia no negada por la Juez del conocimiento en su fallo censurado y mucho menos el tribunal olvida tan notable aspecto surto en los medios de pruebas legalmente acopiados en este proceso penal. Pero lo que sí olvidan los recurrentes son las faltas de previsiones en que incursionaron consciente o inconscientemente los procesados, ante tan inconmensurables datos que abortan unas excavaciones terrenales al lado del apartamento derrumbado, cuyas pruebas de su existencia las convierten en inocultables a la luz de un desprevenido recorrido de éstas tanto que en los sendos libelos de impugnación se hacen tímidas referencias para que no se entronice abiertamente la negligencia manifiesta que nos ocupa.

En fin todo el embate reprochable contra la sentencia condenatoria se esconden en una verdad apodíctica y que jamás puede negarse como fiel reflejo de considerar que el apartamento derrumbado constituía una edificación vieja y no viable en la actualidad por razón de su modelo de construcción a la luz de las nuevas normas arquitectónicas y de ingeniería que aconsejaban más firmeza en sus estructuras a diferencia de los muros chapetones o de canto que generan una debilidad ante cualquier vector que incursione de manera fuerte o agreste sus estructuras.

Si ello brota en forma clara tampoco se convierte en pábulo para que quien dice actuar correctamente – procesados- en la construcción del edificio San Valentín, soterradamente hagan excavaciones que paso por paso van debilitando las estructuras de los inmuebles vecinos al punto que son conocedores de tal proceder y consecuente circunstancias – *culpa con representación* – no cesaron en ese empeño laboral hasta el punto que lastimaron no solo las bases del apartamento para que se derrumbara; sino unos bienes jurídicamente tutelados como la vida, la integridad personal y la seguridad pública, última que propone la protección de intereses colectivos ante incursiones del tipo que nos concita y que efectivamente reportó resultados como el desplome del apartamento que enhorabuena dentro de los males probables este fue el único acaecimiento nefasto, reprochable, estructural y que por cierto le duele al seno familiar de las víctimas e incluso a la misma sociedad de la cual era integrante la occisa.

Ello hace pensar que las recomendaciones vertidas en el estudio de suelo que realizara el ingeniero civil Jorge García Coneo – especialista en gerencia de obras – no fueron atendidas y mucho menos ejecutadas¹⁴ por la firma Gnnco Ltda., especialmente aquellas que tenían como objeto primordial evitar lo evitable y que objetivamente estaba al conocimiento de los procesados, porque fueron ellos y no otros los que ejecutaron las excavaciones que posibilitaron el siniestro del apartamento, recomendaciones, las cuales son:

“En la selección del tipo de cimentación a utilizar se tuvieron en cuenta tres factores principales:

1. Los relativos a la superestructura, que engloban su función, cargas que transmite al suelo, materiales que la constituyen, etc.

2. Los relativos al suelo, que se refieren a sus propiedades mecánicas, especialmente a su resistencia, compresibilidad, y a sus condiciones hidráulicas, etc.

3. Lo concerniente a los factores económicos, esto nos indica que se deben balancear el costo de la cimentación en comparación con la importancia y el costo mismo de la superestructura.

Teniendo en cuenta los factores enunciados anteriormente, es recomendable que la transmisión de cargas de la superestructura al subsuelo se realce a través de zapatas cuadradas y/o rectangulares. Las zapatas serán continuadas con pedestales desde la profundidad de desplante (D) hasta la superficie del terreno.

Para garantizar la rigidez del sistema de cimentación y provenir los efectos nocivos de asentamientos diferenciales, debe construirse, a nivel de pedestal vigas de amarre en concreto reforzado dotadas del peralte y refuerzo requerido por el Análisis estructura.”

Esta omisión de los constructores justificó también administrativamente la emisión de la resolución N° 469 de fecha 06 de julio de 2006, proferida por el Iduc mediante el cual sanciona a la compañía constructora Gnnco Ltda., al lesionar el régimen urbanístico relativo a la construcción del edificio San Valentín.

Por lo que en tales condiciones probatorias se respalda la tesis de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto que típico es el comportamiento de los procesados en las conductas punibles de homicidio culposo y lesiones culposas en concurso heterogéneo con el delito de provocación de inundación o derrumbe descrito en el artículo 352 de la ley 599 de 2000, los comportamientos de los acusados son también antijurídicos como se dijo en acápite precedente, desde el punto de vista formal porque ostensible aparece contrariando los artículos 109, 111, 115, 120 y 352 del Código Penal y lesiona el bien jurídico tutelado de la vida e integridad personal de Olga Mojica Salcedo y Juan Mojica Salcedo y culpable porque actuaron violando el deber objetivo de cuidado que de no hacerlo los delitos de marras no hubieran cobrado vida jurídico penal.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, artículo 32 del Decreto 564 de 2006, artículo 352 de la ley 599 de 2000, artículos 109, 111, 115, 120 y 352 del Código Penal.

FECHA: Julio 30 de 2015

RADICACIÓN: 080013100770120130017200/**2014-00317**

¹⁴ Folios 88 al 116, C.O N 1 Fiscalía.

DECISIÓN: Confirma sentencia condenatoria.

PRISION DOMICILIARIA- Sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria por tener la condición de padres cabeza de familia/**SUSTITUCIÓN DE MEDIDA-** Requisitos legales que deben cumplirse según la Ley 750 de 2002/**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-** No basta únicamente con el abandono del hogar de la pareja del procesado o procesada, pues es necesario que éste se sustraiga de sus obligaciones como padre o madre

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que los procesados les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, como coautores penalmente responsables de la conducta punible de hurto calificado agravado en concurso con fabricación, tráfico o porte de arma de fuego o municiones.

Extractos: “5.1. La Sala observa que la inconformidad de los censores son las siguientes: (i) por un lado, los defensores solicitan para sus prohijados, la suspensión condicional de la ejecución de la pena; (ii) por otra parte, y de forma subsidiaria, invocan para sus representados, la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia.

Así pues, sea lo primero precisar que el artículo 63 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, señala los siguientes requisitos para otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena:

“1. Que la pena impuesta sea de prisión que no excede de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1° de este artículo...”.

En armonía con la anterior legislación, los sentenciados cumplen con el aspecto objetivo, es decir, que la pena que les impuso el *a quo* fue de 48 meses de prisión, pero no se da el segundo requisito, en atención que el artículo 68 A del Código Penal, expresamente prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales, cuando el punible se encuentra en la lista allí señalada y en este caso, se trata de los delitos de **hurto calificado** agravado y fabricación, tráfico o porte de arma de fuego o municiones, por lo tanto, el primer delito, se encuentra en la lista antes señalada, por consiguiente, no es procedente otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En ese orden de ideas, la Colegiatura confirmará la decisión del *a quo* al negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena a los enjuiciados.

5.2. En relación a la solicitud de sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, al ser padres cabeza de familia, la Sala acota primeramente que la Ley 750 de 2002, señala cuatro presupuestos que se deben cumplir para acceder a la sustitución, estos son: (i) que el delito endilgado no este excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho

internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada; (ii) que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos; (iii) que sea una mujer o un hombre cabeza de familia; (iv) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

Sin embargo, el artículo 4° de la misma norma establece que: “La detención preventiva cuando proceda respecto de una mujer cabeza de familia, será sustituida por la detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas en la presente ley para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria”. (Subrayas fuera de texto).

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia SU-388 de 2005, al respecto estableció que:

“...En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) **no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del incumplimiento de sus obligaciones como padre**; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia...” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 2ª de 1982 señala que: “Se entiende por madre cabeza de familia quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del grupo familiar”. (Subraya fuera de texto).

Bajo este contexto se tiene entonces que no basta únicamente con el abandono del hogar de la pareja del procesado o procesada, pues es necesario que éste se sustraiga de sus obligaciones como padre o madre, claro está, dichas obligaciones no son únicamente económicas sino morales, es decir, que pese a que se encuentre separado del interno (a) y ayude económicamente al menor de 18 años o al discapacitado permanente, se sustraiga de sus deber de brindarle educación y afecto a estos, y que además el detenido no cuente con la ayuda de otro miembro de la familiar.

Así las cosas, la Sala resalta que la posibilidad de que el procesado obtenga la prisión domiciliaria por tener tal calidad, surgió del propósito de proteger de la amenaza o vulneración los derechos fundamentales de los menores, por estar privada de la libertad, la **única** persona que vela por su sostenimiento.

En el caso *sub examine*, los libelistas sostienen que sus defendidos son padres cabeza de familia, pues por parte del abogado de Alexis Junior García Bermejo se resaltó que se separó de la madre de su hijo menor, además que sus padres, es decir, los abuelos del infante, no habitan en esta ciudad y que por tanto el niño está a cargo de una vecina, e igualmente, por el lado del defensor de Fonseca Barraza se acotó que también es separado y sus hijas las cuida una habitante del sector, no obstante tiene una familia numerosa.

Así pues, del expediente la Sala vislumbra que si bien los procesados argumentaron estar separados de las madres de sus menores hijos, ello no implica *per se* que cumplan con los requisitos citados *up supra*, toda vez que de ello no emerge una ausencia absoluta, pues el hecho que las progenitoras no habiten en la misma vivienda, ciudad o incluso país, no significa que no puedan velar igualmente por los menores, aunado a que en ambas situaciones, los procesados cuentan también con sus padres y demás familiares que ayudan al cuidado de los infantes.

Sin embargo, la Colegiatura no encuentra que los endilgados cumplan con los postulados para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, en virtud que: (i) respecto de la menor, la norma citada enseña que es padre cabeza de familia quien tiene hijos menores o discapacitados a su cargo, empero, que esto se deba por ausencia absoluta, incapacidad o muerte de su compañera permanente o cónyuge, y en el presente caso, en la madre de la niña no se avizora alguna de esas circunstancias, pues de la alzada se infiere que se las madres de los niños se encuentran con vida, no tienen discapacidad, lo cual no significa *per se* una ausencia absoluta; (ii) ahora bien, en relación con que los abuelos habiten en otra ciudad, no significa que no puedan ayudar a la crianza de sus nietos mientras los procesados purgan su pena de prisión.

En este sentido se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al inadmitir una demanda de casación contra una sentencia proferida por este Tribunal, en un caso similar, así:

“...Las inconsistencias técnicas y argumentativas detectadas en la construcción de la censura, no impiden aclarar que la negativa de conceder la prisión domiciliaria al procesado, por parte de los juzgadores, derivó del análisis concreto de los requisitos legalmente establecidos para el efecto, especialmente lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1982, encontrando que el procesado no ostenta la calidad de padre cabeza de familia porque: i) la madre de la menor, hija de **MENDOZA OSORIO**, no tiene discapacidad y habita en otro país, lo cual no significa *per se* una ausencia absoluta y, ii) la señora MARÍA ELENA MONTES DE MENDOZA, abuela del procesado, no se encuentra en incapacidad para trabajar y, del informe No 08100700-001613, del Instituto de Bienestar Familiar, zona sur oriente, se colige que es modista y en ocasiones *«presta dinero»*...”¹⁵

En ese orden de ideas, del paginario se infiere que los condenados no son la única figura protectora de los pequeños y que además no se puede predicar ausencia absoluta de sus progenitoras, por lo que es imposible a la luz de la Ley 750 de 2002 conceder la sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria en razón de ostentar la calidad de padre cabeza de familia, por cuanto se deben cumplir los cuatro requisitos que dicha norma cita, y la falta o carencia de uno de ellos deja sin efectos la posibilidad de conceder la sustitución.”

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 25 de mayo de 2015, Rad. 44561, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene ACLARACIÓN DE VOTO del Magistrado Jorge Cabrera Jiménez. A continuación sus argumentos:

*“Se sabe que la aceptación de los cargos por parte del procesado no significa, de manera alguna, que sea procedente la expedición automática de una sentencia condenatoria, pues antes, se impone al Juez de conocimiento la protección de los principios, derechos y garantías fundamentales; para ello el juzgador no debe circunscribirse solamente a la revisión de los requisitos formales, sino también al control de legalidad de lo acordado, especialmente, si los términos son susceptibles de consenso, sin olvidar, desde luego que la discusión no atañe a asuntos probatorios sobre participación y responsabilidad del acusado, sino en general a la legalidad del fondo del acuerdo, a la dosificación de la pena que se pretende imponer **y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución.**”*

En el caso concreto, y como fue expuesto en la providencia que hoy se aclara, la inconformidad de los apelantes radica en dos puntos principales; (i) Solicitan para sus prohijados, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y (ii) De forma subsidiaria, invocan la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia. Al respecto fue bastante amplia la decisión de segunda instancia al referirse a la improcedencia de los mencionados subrogados; sin embargo el suscrito aclara la presente decisión, en el sentido de recordar que los procesados tenían la posibilidad de preacordar tales subrogados con el ente fiscal y asesoría de sus respectivos defensores. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, en el auto de 20 de noviembre de 2013, radicado N° 41.570, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, estimó que era perfectamente viable que los preacuerdos también versaran sobre los subrogados, así dijo:

“En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que “implique la terminación del proceso”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “los hechos imputados y sus consecuencias” sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.

Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:

“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”(Subrayas por fuera del texto original).

También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:

"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, **significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional)** y sobre las reparaciones a la víctima..." (Subrayas fuera del texto original).

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado".

Lo anterior se fundamenta en el hecho, de que estamos frente a un derecho premial, que admite pactar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación, no sólo de las penales sino también de las civiles, además de la cantidad de sanción y también respecto de las condiciones para su ejecución; y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones, porque de lo contrario colapsaría la sistemática penal oral.

Por lo tanto si los defensores de los procesados procuraban para sus asistidos uno de los subrogados penales por lo que hoy abogan, podían preacordar con el delegado de la fiscalía tal concesión."

FUENTE NORMATIVA: artículo 63 y 68 A del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, Ley 750 de 2002, Corte Constitucional: Sentencia SU-388 de 2005

FECHA: Agosto 5 de 2015

RADICACIÓN: 2015-00152-P-MC

DECISIÓN: Confirma la sentencia en lo que fue objeto de recurso.

INIMPUTABILIDAD PENAL-Como eximente de responsabilidad penal/Es un concepto jurídico que está reservado al juez y no a los peritos médicos/ Se reconoce la condición de inimputable del sujeto al momento de desplegar los actos que acabaron con la vida y la integridad sexual de la joven víctima/ **HOMICIDA INIMPUTABLE POR TRASTORNO PSQUIATRICO**-Su conducta era basada en delirios de grandeza y poderes sobrenaturales/ Actúa con el conocimiento y convencimiento trastornado de que cumplía su querer, su deber

y su objetivo como sanador, y que no producía un daño/ **COMPLICES**-Conocían el resultado lesivo que podía producir el supuesto acto de sanación organizado por quien se autodenominaba sacerdote.

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el homicidio a una joven mujer antecedido de una serie de actos supuestamente religiosos en los que se observa varios ataques en su integridad personal y sexual, por parte de quien se señalaba como un sanador.

Extractos: “Si bien el ordenamiento procesal prohíbe que el perito médico forense califique la condición de inimputabilidad, cosa que es lógico puesto que el perito sólo deberá certificar o calificar de acuerdo a sus conocimiento el estado de insanidad mental del sujeto, de allí que deba ser el Juez o desde la misma propuesta de la Fiscalía donde se deberá o no reconocer la condición de inimputabilidad del sujeto agente, y ello en este caso quedó acreditado en la investigación y el juicio, es decir, en la carpeta y a lo largo de la investigación se encuentra debidamente acreditada la condición de un sujeto esquizofrénico, post traumático, que padece trastorno bipolar, que no representa cosa distinta a un estado de psicosis aguda en forma crónica o de esta condición. No se puede desconocer dentro del asunto los antecedentes psicóticos del enjuiciado descritos por su propia ex esposa, pero además ha quedado claro dentro de la actuación que el mismo no podía presentarse consciente o coherente frente a la realidad circundante convertida en otra diferente para él, por tanto, no es claro ni evidente como lo asegura el Juzgado que el fenómeno a juzgar consista en que “EDGAR GÓMEZ se hizo pasar por sacerdote o chaman iluminado (el padre ángel)”, NO, ese no es el *quid* del asunto, EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO encarna un individuo que se cree ungido con una especie de poder o capacidad para luchar o enfrentar la que él considera y las personas que lo rodearon, constituyen las fuerzas del mal, es decir, un enemigo imaginario, o real en su conciencia, de lo cual logró convencer a las personas que lo rodearon y lo acompañaron en el lamentable episodio, triste por demás, que acabó con la vida de una hermosa joven, llena de esperanzas y sentimientos.

(...)

Hizo hincapié el a-quo que el testigo perito incorporado por la defensa Dr. JOSÉ DEL CARMEN BORNACELLY TERNERA, expresó que fue el médico tratante del señor EDGAR GÓMEZ ROMERO desde el año 2006 hasta finales del 2010. Quien lo dictaminaba como “*un adolorido de episodio psicótico agudo*”, que por ello lo hospitalizó en el año 2008. Expresa que, estos pacientes se neutralizan con el tratamiento adecuado pero suelen ser recurrentes dado que el problema de su génesis es biológico. Refiere el testigo perito controvertido en juico que “*se notaba en él una ideas megalomaniacas*”.

(...)

Es cierto que, no hay criterios fijos en la ciencia, pero el protocolo usado en EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO es el mismo que de antaño ha venido usando Medicina Legal, el mismo que se ha aplicado en otras personas y se ha concluido que no sufren de insanidad mental, pero para este caso que nos ocupa ha dicho que EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO padece de una insanidad mental y con la valoración de las pruebas difícil o forzado sería para esta Sala arribar a la conclusión a la que llegó el a-quo.

(...)

El Juzgado dice: “*entonces la bajaron y la sentaron en un mecedor, “el padre ángel” le pegaba y la llamaba para que se levantara, se le subía encima y la movía, y le decía a ZANDRA mírala, ESTRELLA está viva, abrió los ojos, pero el (sic) estaba sobre ella y le movía los brazos y le abría los ojos. Actitud contundente de darle a entender a los familiares que estaba viva, simulando delante de ellos. Debe reparar la defensa, que esta capacidad de fingimiento y simulación del acusado, no se predica de quien está en plena crisis maniaco-depresiva o bajo los efectos de su enfermedad mental, sino estaba actuando normalmente con plenitud de conciencia y facultades.*”, cuando la interpretación que debe dársele a este episodio es todo lo contrario EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO actúa de esa forma porque no comprende y no acepta lo que está pasando, no tiene capacidad para discernir la diferencia entre una persona viva y una persona muerta, cree en su enajenado pensamiento que es capaz de resucitar o revivir a la occisa, está autoconvencido que la víctima no ha fallecido prologando el episodio de dolor y sufrimiento, véase que cuando ESTRELLA MORALES PÉREZ está muerta EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO baja, según nos cuenta ZANDRA MORALES PÉREZ, aquél pidió cerveza para todos y brindó porque ESTRELLA MORALES PÉREZ se había sacrificado por todos, y le pidió a ANTHONY que contara que le había encontrado en el alma y cuerpo a ESTRELLA; si GÓMEZ ROMERO hubiera estado en estado de conciencia y voluntad y de entendimiento de los hechos hubiere procurado salir de la casa y huir pues nadie lo estaba reteniendo, inclusive nadie era capaz de confrontarlo, por eso escasamente la madre y la hermana de la víctima, atinaron a solicitar que se requiriera la presencia de la policía, porque al mismo tiempo le guardaban cierta reverencia al “padre ángel”.

Sobre el episodio en que EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO estaba sobre ESTRELLA PAOLA MORALES PÉREZ y le movía los brazos y le abría los ojos supuestamente para darle a entender a los familiares que estaba viva, distinto a como lo consideró el a-quo no se trató de una simulación, sino que se infiere que tal proceder devino de esa supuesta condición de creerse ungido que tenía, o acaso no es Dios quien se levanta de entre los muertos porque tiene la capacidad de resucitar, e incluso es quien resucita a otros, como por ejemplo lo hizo Jesús con lázaro, aquel enfermo de Betania, con quien se encontró luego de llevar 4 días muerto en el sepulcro, a quien le dice “anda y ve”, es decir, si EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO estaba en su condición de creerse ser supremo y especial no se trataba de un ardid, sino de una completa misión de su papel. Más aún, una persona consciente actúa de otro modo, es decir, si hubiese advertido a simple vista que había matado a ESTRELLA MORALES PÉREZ, en lugar de sanarla como era su propósito, amén de los dones que tenía, habría pedido ayuda, pero no, el seguía el curso de su ritual, quizás, en el mejor de los casos, emprender la huida del teatro de los acontecimientos.

No puede negarse entonces también que, antes del deceso de ESTRELLA, alguno de los asistentes a la liberación y/o sanación también procedieron a acceder a los rituales, que conllevaron a unos ataques brutales en su humanidad, así lo depusieron en juicio, pero es que además se cuenta con documentos introducidos por la Fiscalía tales como v.gr. (i) INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL DE LESIONES NO FATALES. RADICACIÓN INTERNA: 2010C-02010112815, practicado a MILADYS CECILIA PÉREZ TORRES (visible a folio 21 cuaderno N 3 JUICIO ORAL). **Presenta:** 1. Hematoma leve moderado de coloración violácea de 4 * 3 cms, localizada en la región pectoral superior izquierda. (ii) en el INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL DE LESIONES NO FATALES. RADICACIÓN INTERNA: 2010C-02010112816. Practicado a DAMIÁN JOSÉ PERTUZ PÉREZ (a folio 22 cuaderno N 3 JUICIO ORAL), se lee que **Presenta:** 1. Hemorragia conjuntival global, severa, en ojo derecho, refiere visión clara. Movimientos oculares y reflejos pupilares conservados. 2. Hemorragia

conjuntival moderada en zona temporal de ojo izquierdo. Refiere visión clara movimientos oculares y reflejos pupilares conservados. 3. hematoma reciente de coloración rojo vinosa, localizadas de manera extensa en zona escapular bilateral y dorsal central. (iii) en el INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL DE LESIONES NO FATALES. RADICACIÓN INTERNA: 2010C-02010112814, practicado a LELY JOHANA DORIA DORIA (visible a folio 24 cuaderno N 3 JUICIO ORAL). **Presenta:** 1. Petequias recientes múltiples que forman áreas de 18 * 7 cms en zona escapular derecha y 10*5 cms, en zona escapular izquierda. 2. Hematoma reciente leve de coloración violácea localizada en la palma de la mano derecha, sin limitación funcional. 3. Equimosis múltiples recientes de coloración rojo vinoso, que miden de 2*1 cms hasta 2*2 cms, localizadas en la cara interna media del antebrazo derecha. Situaciones que la Fiscalía dejó por fuera, desconociendo que el Juzgado restó imparcialidad.

(...)

Basta ver y escuchar los audios para darnos cuenta que el testigo PERITO SIQUIATRA BORNACELLY en el interrogatorio y contrainterrogatorio que se le hiciera por las partes, y en el informe dado con la historia clínica a bordo, expresa que desde el año 2006 viene tratando al paciente EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO por un trastorno afectivo bipolar, con terapia hospitalaria, es decir: ha tenido que hospitalizarlo, enfermedad que es ampliamente reconocida y de aceptación dentro de las ciencias médicas psiquiátricas, dado que es una enfermedad de orden biológico que afecta la mente, con síntomas y características específicos también reconocidos y aceptados científicamente, que sólo basta con observar la conducta material en la ejecución de los actos, la acción, para determinar si su conducta antes, en y después la realizó bajo los impulsos de dicha enfermedad o no.

Quedó claro según el dictamen de Medicina Legal como lo acepta el juzgado que independientemente de que EDGAR GÓMEZ hubiera mantenido la ingesta periódica de la medicina psiquiátrica que se requería, esto es, carbonato de litio, carbamazepina, quetiapina, clonazepam y otros, que influyen sobre los neurotransmisores cerebrales, conocida como como *gold standards* o patrón de oro, ya que quedó demostrado que el TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, como compromiso psicótico es un desequilibrio que compromete la emoción, el afecto, el humor, el ánimo, y trastoca la realidad, existiendo un compromiso de tipo biológico en el cual están implicados o afectados los neurotransmisores que se encuentran a nivel cerebral y que producen niveles anormales a veces escasos o a veces excesivos de serotonina y noradrenalina, creando el desequilibrio químico eléctrico como condición patológica y que desencadena reacciones impredecibles cuando vive episodios emocionales que lo perturban manifestándose con exaltaciones del estado de ánimo hasta en un 99% se trata de una enfermedad grave, crónica, de difícil control pero con las dosis suficientes de las drogas se atacan los síntomas para procurar por lo menos manifestaciones más tranquilas en el comportamiento del paciente. En conclusión, el Juzgado no desconoció que este trastorno mental que genera los episodios maniáticos de carácter crónico responde a una afección física y mental, inclusive que según los psiquiatras forenses de Medicina Legal requiere hospitalización inmediata, como lo reconoció la sentencia de primera instancia, tal como se observa a folio 53 de la misma, en la que se lee que:

“LA DRA. SANDRA SANJUAN FIGUEROA PSIQUIATRA Y PATÓLOGA DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, QUIEN LO VALORÓ EN SU ESTADO MENTAL Y PSICOLÓGICO Y SU CAPACIDAD DE COMPRENSIÓN Y AUTODETERMINACIÓN. LA AVEZADA EN LA MATERIA, EXPLICABA EN EL JUICIO ORAL QUE REALIZÓ TODO UN PROCEDIMIENTO CIENTÍFICO Y TÉCNICO, DEBIDAMENTE AUTORIZADO POR LOS EXPERTOS

EN ÉSTE ASUNTO, SE CIÑÓ A LA GUÍA QUE USAN E HIZO UNA REVISIÓN DETALLADA DE LOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS APORTADOS POR LA FISCALÍA, FUE ASÍ COMO ENTREVISTÓ AL HERMANO DEL PACIENTE, LOS ASOCIÓ CON LOS ANTECEDENTES FAMILIARES Y PERSONALES DEL MISMO INDIVIDUO Y REALIZÓ UNA EVALUACIÓN MENTAL EL 27 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2010, TOMÓ TODO ESE ANÁLISIS Y LOS JUNTÓ A OTROS HALLAZGOS ENCONTRADOS EN EL EXAMEN MENTAL, PARA SACAR LA CONCLUSIÓN TAMBIÉN TUVO EN CUENTA UNAS ENTREVISTAS, TODO ELLO LE PERMITIÓ DICTAMINARLO QUE DICHO PACIENTE SE ENCONTRABA EN EL MOMENTO DE ESTARLO VALORANDO Y EVALUANDO CON ALTERACIÓN DE SU JUICIO, TENIA SÍNTOMAS Y SIGNOS QUE LA ORIENTARON A PENSAR QUE PADECE UN TRASTORNO AFECTIVO-BIPOLAR ACOMPAÑADO DE UN EPISODIO MANIÁTICO, QUE ESO LO NOTÓ EN EL MOMENTO DE LA VALORACIÓN.-

TAMBIÉN SE APOYÓ EN TESTIMONIOS Y DECLARACIONES DADAS POR EL SEÑOR EDGAR GOMEZ ROMERO QUE SE SALÍAN DEL JUICIO DE REALIDAD, EXISTIENDO PÉRDIDAS DE LAS ASOCIACIONES NORMALES DE SUS IDEAS, HABÍA PERDIDO EL PENSAMIENTO DIRECTRIZ Y UNA AGRESIVIDAD POR PARTE DEL MISMO, LA CUAL ERA CLARAMENTE DESPROPORCIONADA A CUALQUIER DESENCADENANTE. ENCONTRÓ LA EXPERTA QUE EN LA DECLARACIÓN DE SANDRA (sic) MORALES ÉSTA MANIFESTÓ QUE LO QUE HABÍA HECHO ERA UNA LOCURA, CON FUNDAMENTO EN VARIAS DECLARACIONES HIZO UN DIAGNÓSTICO DE CRONICIDAD, YA QUE ENTRE LOS ELEMENTOS APORTADOS SE ENCONTRABAN HISTORIAS CLÍNICAS DONDE HACIA UN RECUENTO DE LA SINTOMATOLOGÍA DESDE MUY TEMPRANA EDAD CON PERMANENCIA DE LOS MISMOS Y EPISODIOS PSICÓTICOS, LA FALTA DE ADHERENCIA AL TRATAMIENTO QUE EN ALGUNAS OCASIONES LE AGUDIZABA MAS (sic) LOS SÍNTOMAS Y LO EMPEORABA, POR ESAS RAZONES DIAGNOSTICÓ UN TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR DESDE UN PUNTO DE VISTA CLÍNICO, YA DESDE UN PUNTO DE VISTA FORENSE CONSIDERÓ QUE AL MOMENTO DE COMETER LOS HECHOS NO ESTABA EN CAPACIDAD DE COMPRENDER LA ILICITUD DE ESE ACTO O DE AUTO DETERMINARSE SU CONDUCTA, TENÍA UN CUADRO AGUDO QUE REQUERÍA DE LA HOSPITALIZACIÓN INMEDIATA.”

Hasta aquí, y con base en la pericia controvertida de los peritos testigos citados, podríamos aducir que por los trastornos afectivos bipolares padecidos históricamente por el señor EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO y por haberse encontrado posterior a los hechos en este estado tal como lo expresa el perito de Medicina Legal, bien pudiera predicarse el fenómeno jurídico de la inimputabilidad a este procesado, más cuando de las preguntas realizadas en el interrogatorio a la perito de Medicina Legal no se pudo concluir lo contrario.

Aún en caso de aceptarse duda en este punto lo jurídico y consecuente es reconocer la situación inimputabilidad. Y, como anillo al dedo viene la sentencia del Dieciocho (18) de Marzo de 2015, con Rad. N° 33837 de la Corte Suprema de Justicia, quien en un caso igual de aterrador al que nos ocupa, decretó la inimputabilidad de un procesado quien mató a su hija, sobre el que se dijo que: **“EL TRASTORNO QUE LOS MÉDICOS LE DIAGNOSTICARON AL PROCESADO NO ES INCOMPATIBLE CON LA ACCIÓN VIOLENTA ATRIBUIDA, ni tampoco con el comportamiento suicida que luego asumió, NI CON LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PRECEDIERON A LA REALIZACIÓN DEL INJUSTO Y HABRÍAN DESATADO SU DESEQUILIBRIO PSICÓTICO”**, y es que no se puede negar que con menos pesquisas médicas en ese asunto la Corte arribó a la conclusión que ese encausado tenía insanidad mental que determinó la inimputabilidad al momento de la comisión del punible, y en cambio, para el caso que nos ocupa pululan pesquisas médicas que bajo ningún pretexto podemos dejar de lado, y mucho menos es atinado llegar a la conclusión que ser enfermo *per se* implica a ser inimputable, puesto que la misma Corte en esa reciente decisión arguyó que: **“LA ACCIÓN DE MATAR A LA MENOR PUEDE EXPLICARSE PERFECTAMENTE COMO LA CONSECUENCIA DE UN TRASTORNO MENTAL PADECIDO (...) QUE LO IMPULSÓ EN FORMA IRRESISTIBLE A INCURRIR EN VIOLENCIA”**, en aquellos acontecimientos los episodios duraron escasas ocho (8) horas, en su lugar, mientras que los hechos que nos ocupan duraron tres (03) días, en cuyo lapso de tiempo, la violencia causal no dirigida a

matar también fue epicentro del insuceso, y sin duda está hilado con el trastorno mental del acusado principal, el mismo que hizo que EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO realizara el injusto impulsado por un trastorno mental que le impidió adecuar su comportamiento conforme a la comprensión acerca de su ilicitud, puesto que no existe otra motivación o impulso que explique con coherencia los resultados que se juzgan en esta causa penal.

Pero conforme al mandato legal del artículo 380 de la Ley 906 de 2004, las pruebas deben ser valoradas en su conjunto, no obstante los criterios de valoración están señalados en el respectivo capítulo y, en este proceso se anidan otras pruebas testimoniales que fueron objeto de la inmediación del Juzgador y que apremia su valoración a fin de poder emitir, tal como lo expresa el juez de conocimiento, un juicio equilibrado y correcto frente al recurso de apelación interpuesto.

(...)

La prueba testimonial sólo serviría para reconstruir históricamente los hechos en la antesala del acto cometido y en el mismo acto para inferir allí si el comportamiento del señor EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO tenía manifestación del TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR en su fase maniaca con síntomas psicóticos, haciendo un análisis comparativo con los síntomas, características de la enfermedad y las conductas previas al acto criminoso, en el acto mismo y posterior a la muerte de la ESTRELLA PAOLA MORALES PÉREZ.

En esto, y es lo que la Sala se propone determinar, acorde con las declaraciones:

“Relata LUCERO DE JESÚS MORALES PÉREZ, hermana de ESTRELLA PAOLA MORALES PEREZ, la occisa, que el 5 de Noviembre de 2010 aproximadamente siendo las 7 de la noche, recibe una llamada por celular, de un hombre que se le presentó y anunció como el padre “ÁNGEL” y en la conversación le preguntó por su mamá INIRIDA ESTHER PÉREZ BARRIOS, al responder aquella que no se encontraba en el momento, le dejó la siguiente razón, que él era un sacerdote de la parroquia de Santa Marta y necesitaba que se fueran temprano al día siguiente para Barranquilla para hacer una oración, la joven cumplió y le dio la razón a su madre cuando llegó”. “Inmediatamente volvió a llamar EDGAR GÓMEZ ya directamente a la señora INIRIDA PÉREZ, dialogó solicitándole madrugar el 06 de Noviembre del 2010, para que llegaran a Barranquilla que él necesitaba orar por ellos”.

(...)

Esta forma de argumentar es equívoca e imprecisa, tomando un episodio aislado, sin el *sumun* de todas sus partes, es decir, no representa análisis de prueba en conjunto, para sostener precisamente un argumento equivocado. Indudablemente es cierto que se estaba preparando una reunión para una oración, no para un crimen, por demás al afirmar el a quo que *“el mensaje no es confuso”, “la conversación es razonable”,* y que GÓMEZ ROMERO *“se vale de la autoridad de sacerdote”,* para afirmar con ello que es una persona normal y equilibrada y que no es un enfermo, pues concluye mal el señor Juez, dado que EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO ya venía padeciendo del TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR con síntomas dictaminado por su médico tratante como *“un adolorido de episodio psicótico agudo”,* que por ello fue hospitalizado, para no hablar de la perito que dijo que sufría de ideas megalomaniacas, que es igual a episodio psicótico agudo, que se refleja en afirmar que es sacerdote sin serlo, ¿acaso entonces, el juzgado le reconoce por ciertas las condiciones sacerdotales?; así mismo, GÓMEZ ROMERO afirma que se cree el pastor de las almas, el puro, se muestra como el salvador y estos son síntomas de la enfermedad del trastorno

bipolar, son comportamientos delirantes, ideas de grandeza y el delirio de tratarse de un ser el salvador o redentor. La conversación referida lo que refleja es su estado anormal, su mente páfida y desviada, absolutamente alejada a la realidad.

(...)

Marginalmente a las conclusiones del a-quo que por haberse comportado EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO de manera serena y prudente en algunos momentos cruciales, capaz de persuadir a otras persona con lenguaje aparentemente coherente ante la muerte de la víctima propiciada por él mismo, demostrativo de un equilibrio mental y orden lógico y emocional. Pero ¿qué se le estaba haciendo a la víctima? Una oración o una sesión de liberación de espíritu maligno, en el decir de DAMIÁN PERTUZ, testigo vertido en juicio, EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO era el liberador, que ya de por sí esa actividad o conducta desfasada de la realidad, no sólo en ese instante, sino desde que días antes habían planificado verse en ese recinto, como la motivación principal para la reunión, no el hacer simplemente oraciones, porque de lo contrario no tenían por qué maquillar excesivamente a ESTRELLA PAOLA MORALES PÉREZ, ni vestir, infligir lesiones, aplicar sahumeros y otros líquidos, hasta creolina le aplicaron en su cuerpo, guiado por EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO dentro de los parámetros de la enfermedad bipolar. El Padre "Ángel", el liberador de espíritus malignos encaja perfectamente en el TRASTORNO BIPOLAR MANIACO DEPRESIVO, conforme lo señaló no sólo el perito de Medicina Legal, sino el perito de la defensa el médico tratante, y se deriva de los testimonios y demás pruebas materiales.

(...)

En este sentido actúa con el conocimiento y convencimiento trastornado de que cumplía su querer, su deber y su objetivo como sanador, y que no había producía un daño, pervirtiendo la realidad puesto que tampoco percibió a la víctima como la persona que era en realidad, sino como una mujer como poseída y dominada por un mal superior el cual había de erradicar, infligiéndole lesiones y sustancias, con ese propósito. Dada la argumentación anterior, la Sala concluye que no existe otra salida que la de reconocer la condición de inimputable del sujeto EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO al momento de desplegar los actos que acabaron con la vida y la integridad sexual de la joven ESTRELLA PAOLA MORALES PÉREZ.

(...)

En este sentido, y acorde con lo anterior, en razón a que no se podía entender la realidad circundante, no sabía quién era él mismo, es decir, se creía otra persona, esto es un sacerdote, chaman, ungido o iluminado, creando al mismo tiempo un entorno ficticio paralelo en donde si él era lo dicho, la víctima era una poseída a la cual había que combatir el mal que la aquejaba o la dominaba. En ese sentido, desarrolló toda suerte de actividades, como asirse sobre ella, forzarla, bloquear o estrangular sus vías respiratorias, accederla carnal y físicamente con objetos, crucifijos así como dedos, etc., para forzar con ello en su enajenada creencia, la salida o expulsión de los demonios o fuerzas espirituales que sometían a la víctima.

(...)

Ello conlleva a una alteración absoluta de las relaciones de tiempo, persona y espacio, que colocan al sujeto en una condición de no entender la ilicitud del acto, por no entender ni

adecuarse de acuerdo con esa realidad circundante, por lo tanto tampoco pudo ni podía auto determinarse para con esa comprensión, situación que permite concluir tal como lo hace el dictamen médico pericial que se corresponde con un TRASTORNADO MENTAL, concebido como psicosis por TRASTORNO BIPOLAR AFECTIVO en fase maniaca, y que se traduce en una condición de inimputabilidad indudable e incuestionable al momento de la comisión del hecho, en consecuencia, así se dirá en la parte resolutive del presente fallo, y contrario sensu se denegará la pretensión de la abogada del inimputable de cara a que se reconociera que su prohijado fue utilizado como instrumento por parte de los demás procesados y por otros que no aparecen vinculados a la actuación, ya que a las claras lo que sucedió ha quedado suficientemente ilustrado y en consecuencia, en modo ninguno procederá su absolución.

Al contrario, a pesar de su enajenación mental o locura, GÓMEZ ROMERO pudo sugestionar a los demás presentes y partícipes, luego si concluimos, que éste sujeto como principal encartado que aparece como supuesto líder de la actividad criminal que nos ocupa como quedaría o puede calificarse el comportamiento de las personas colaboradoras, que actuaron, una como coautora y otros como cómplices así definidos por el operador a-quo, y no existe otra hipótesis válida, o deducible por plantear que no sea que actuaron a título de coautores en forma preterintencional, ello porque, evidentemente en su condición de personas consiente en uso de su voluntad estaban en capacidad de comprensión que con todo este comportamiento se desplegó y se le estaba infligiendo un daño o unas lesiones irreversibles a la joven víctima, pero por supuesto no estaba en ellos ni más remotamente la intención de matar, es decir bajo ningún pretexto o hipótesis puede endilgársele el *animus mecandi*, es decir, la intención de matar, sino que solamente la circunstancias permiten arribar a la conclusión que primó una condición de conciencia, voluntad y conocimiento que la joven mediante todo este proceso que habría de significar un daño o unas lesiones en su cuerpo eran necesarias, así no hubiese el ánimo de producir la muerte. Por tanto, el ánimo endilgable o reprochable aquí, es el *animus nocendi*, para todos y cada uno de los encartados.

Vistas así las cosas, resta verificar la responsabilidad penal de quienes vienen acusados y condenados como coautora y cómplices, de quien funge como autor inimputable que aquí lo es EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO. Si hubiese dudas de la admisibilidad de esto, las mismas están resueltas en la obra AUTORÍA Y DOMINIO DE HECHO EN DERECHO PENAL, de CLAUSS ROXIN, En Editorial Marcial Pons. (...)

De lo expuesto, salta de bulto que hubo voluntad de LELY JOHANA DORIA DORIA, en las lesiones dolosas corporales infligidas a ESTRELLA PAOLA MORALES PÉREZ y su muerte, ya que era imposible que no supiera lo que estaba pasando. Su aporte no fue espiritual, sino que se sumó a la acción de EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO, construyendo una sola, y su comportamiento fue determinante en punto de la comisión de los delitos por los que se sigue la actuación. Siguiendo las voces del profesor ROXIN, habrá que preguntarse: ¿cómo iba a contribuir ella a lo que no sabía que estaba pasando?, y para esta Sala no hay duda que hubo decisión propia por parte de ella en el resultado muerte de la víctima.

Más allá de lo ajena que se quiso ver de los acontecimientos, se puede inferir que LELY JOHANA DORIA DORIA se condujo por una decisión global y llevó a cabo acciones al margen de su virtual solidaridad, es decir, obró en forma libre y responsable en la corealización de esa decisión. No se puede perder la perspectiva en cuanto a que la procesada en mención recuerda eventos intrascendentes, y aleja de ella toda responsabilidad en este asunto, es decir, ella siempre estuvo presente en el teatro de los acontecimientos, introdujo cristos en

la vagina y ano de la occisa, pero hoy posa de desconocer lo sucedido. Amén de ello, se pregunta la Sala, ¿qué interés podría tener ella en proceder de esa forma? Y la respuesta podría ser que la procesada creía ciertamente en el poder de EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO y actuaba conforme al ritual que estaban haciendo. No hay nada que hubiese nulificado su consciencia en punto de advertir que eso que estaba haciendo era delito o no era delito, como sí sucedió con EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO, como ha quedado establecido. ¿Cómo se explica que siendo mujer no supiera que la intromisión de un cristo en la vagina y ano de la fatal víctima, le iba causar daño y atentaba contra la libertad y dignidad sexual de su congénere?, ¿cómo podría pensarse que la justificación era la sanación de los problemas amorosos de la difunta?, pero, por más fines “altruistas” que hubiese seguido, cae en el estadio de la responsabilidad penal.

Nótese que, según el relato de los testigos: ZANDRA MILENA MORALES PÉREZ, INIRIDA ESTHER PÉREZ, DAMIAN DE JESUS PERTUZ PÉREZ, LUCERO DE JESUS MORALES PÉREZ, todos coinciden en anotar que quien siempre estuvo con EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO fue LELY JOHANA DORIA DORIA, que le ayudó en todo a aquél, la misma que sola o en compañía de éste, le colocó ropa, interiores, rosarios en el cuello de la occisa. En este punto, se pregunta la Sala: ¿cómo se explica que si le hice el manicure no hubiese sentido el cuerpo frio de la víctima y no hubiese bajado a pedir ayuda o hubiese emitido voces de auxilio?, ¿por qué tenía entre sus manos el cuerpo de la occisa cuando suben a la habitación los presentes en la casa?, ¿cómo no sintió el cuerpo rígido, amén de las características del cadáver?. Si alguien aquí puede explicar por qué se cometió este crimen, en este lugar y momento, y con esta víctima es justamente LELY JOHANA DORIA DORIA, en consecuencia la condena en contra de ésta se mantendrá reducido el cargo, pues no hay nada que permita llegar al conocimiento que es inocente, tal y como lo pidió el togado que la representa.

Resta entonces, resolver lo solicitado por el MINISTERIO PÚBLICO a través de la Dra. CLAUDIA PAOLA MANJARRES, quien pidió que se revoque parcialmente la sentencia, y se emita fallo absolutorio a favor de los señores JAIRO RAFAEL PERTUZ y MILADYS PÉREZ, quienes vienen condenados como cómplices del punible de HOMICIDIO AGRAVADO, en el ámbito del dolo eventual petición que corresponde con la del Dr. MOISÉS DE LA CRUZ RADA apoderado de estos sujetos procesales, que se podrá abordar en forma conjunta.

El primer cuestionamiento que surge es si los presuntos cómplices pueden ser considerados como tal, siendo el encausado principal considerado como inimputable. ROXIN alude una hipótesis de WELZEL, que viene como anillo al dedo en punto de la participación en casos de que el autor principal lo sea un inimputable:

“EL ENFERMO MENTAL PUEDE “DESPLEGAR UNA VOLUNTAD PROPIA”, EXISTIENDO ENTONCES PARTICIPACIÓN”.

“AUN CUANDO SE SEPA QUE EL EJECUTOR DIRECTO ES INIMPUTABLE, SÓLO EXISTE AQUÍ PARTICIPACIÓN (PUNIBLE SI ES EVITABLE EL ERROR), Y ES QUE FALTA CUALQUIER SUPRADETERMINACIÓN DEL ACONTECER, PORQUE TAMPOCO EL SUJETO DE ATRÁS HA APORTADO LA COMPRENSIÓN DE SENTIDO NECESARIA PARA EL SEGUNDO GRADO DEL DOMINIO DEL HECHO. CIERTAMENTE PUEDE QUE PARA ÉL, A DIFERENCIA DE PARA EL SUJETO DE DELANTE EL ERROR SEA REPROCHABLE, PERO ELLO NADA CAMBIA QUE IN CONCRETO NO TIENE EL DOMINIO DEL HECHO”.

Véase entonces que, según esta distinción doctrinal es plausible que haya participación en el evento de que el encartado principal sea inimputable. Es decir, a juicio de WELZEL a pesar

de que EDGAR ALBERTO GÓMEZ ROMERO esté catalogado con una insanidad mental desplegó acciones por “voluntad propia”, y quienes fungieron como partícipes tenían libertad de decidir al margen de los defectos de comprensión que padeciera aquél. De tal suerte que sólo se debe verificar si se debe mantener la condena en los cómplices o si hay lugar a la absolución de éstos.

Tenemos que, el teatro de los acontecimientos fue la casa de los señores JAIRO RAFAEL PERTUZ y MILADYS PÉREZ, sin cuyo escenario no habría sido posible realizar las “liberaciones” y/o “sanaciones” o actos que resultaron dañosos, pues se trató de una reunión privada, la misma que requería que los vecinos no pudiesen advertir lo que sucedía, pues subyacía el temor que dieran aviso a los policiales o a otros agentes como en efecto sucedió, o interrumpieran el decurso normal de los ritos, que de haber sucedido esto último, probablemente la víctima no hubiera fallecido, pues así lo dice la necropsia practicada a la occisa a la que antes se ha aludido.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 18 de Marzo de 2015, Rad. N° 33837, artículo 380 de la Ley 906 de 2004,

FECHA: Julio 28 de 2015

RADICACIÓN: 08758-60-01106-2010-0783-03/ **2012-0203-P-CR**

DECISIÓN: Confirma parcialmente. Reconoce condición de inimputable al autor de la conducta delictiva.

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

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.