

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Septiembre 2014

Número 28

1. SALA CIVIL-FAMILIA

DEBERES DE INFORMACIÓN Y SEGURIDAD EN MATERIA CONTRACTUAL- Incumplimiento por parte de la entidad encargada de prestar los servicios funerarios/Resultan vulnerados al ser la demandada quien ostentaba la calidad de concedora y experta en la disciplina de la tanatopraxia/ **CONDENA NO PECUNIARIA-** Medida de no repetición como expresión práctica de la reparación integral/Elaboración y fijación de una placa en las instalaciones de la demandada donde se anuncie el cumplimiento de las medidas nacionales e internacionales de embalsamamiento de cadáveres

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el incumplimiento de un contrato de servicios funerarios y la causación de perjuicios derivados aquél, por la presunta apertura inconsulta del féretro que contenía el cadáver del hijo y hermano de los demandantes, quien había sido enviado desde España debidamente embalsamado y precintado el féretro herméticamente cerrado con la observancia de las medidas sanitarias del caso.

Extractos: “(...) 3. En el caso materia del proceso la demandada, COOINPAZ LTDA., mediante el contrato de afiliación ajustado con el señor demandante, Juan González Rada, ofreció la prestación de servicios funerarios que ejecuta a través de empresas funerarias asociadas en todo el territorio nacional y por tanto, como se admite sin ambages por la demandada, es concedora y experta en la ciencia o técnica de la tanatopraxia, esto es, “... el conjunto de prácticas que sobre un cadáver se realizan, desarrollando y aplicando métodos para: la higienización, conservación, embalsamamiento, restauración, reconstrucción y cuidado estético del cadáver, como soporte de su presentación, de acuerdo con las normas higiénico-sanitarias. Respetando los diferentes ritos religiosos y manejando las técnicas y habilidades en relación, para prestar el servicio de tanatopraxia. El tanatopractor es el profesional cualificado para desarrollar las técnicas utilizadas en la tanatopraxia...” (Contestación de demanda, al hecho tercero, folio 54); técnica o ciencia que COOINPAZ LTDA., admite ejercitar con pericia, al igual que las funerarias asociadas que prestan los servicios ofrecidos por la cooperativa, circunstancia admitida por el apoderado general de la parte demandada, señor, Luis Alfonso Acevedo Prada, quien en su interrogatorio de parte expresó: “...7)PREGUNTADO: diga como es cierto si o no si a la funeraria SENDEROS DE PAZ a empleado durante el transcurso de su vida comercial el procedimiento de embalsamamiento de cadáveres con destino al exterior u a otro continente, CONTESTADO: efectivamente la funeraria

SENDEROS DE PAZ ha realizado directamente la importación y exportación de restos fúnebres a diferentes lugares y continentes, adicional a esto tengo conocimiento de que los tanatologos de dicha empresa se encuentran certificados por la funeral consulting group entidad que les realiza la capacitación en preservación, reconstrucción, maquillaje, y tanatopraxia de restos mortales con la intensidad horaria requerida por la ley, además la funeraria SENDEROS DE PAZ es una empresa con una amplia trayectoria en la prestación de servicios funerarios y parque cementerios en la ciudad de Barranquilla hecho además que no solo le permite prestar servicios para clientes internacionales sino además para clientes nacionales tales como la policía nacional, entre otros. (...) 9) PREGUNTADO: diga como es cierto si o no que la funeraria SENDEROS DE PAZ en barranquilla tiene laboratorios de tanatología y tanatopraxia, RESPUESTA: la empresa SENDEROS DE PAZ Ltda. Cuenta con la totalidad de los estándares requeridos para la prestación de servicios funerarios entre los cuales están dotados de laboratorios con equipos especializados y personal altamente capacitado” (Subrayas fuera del texto original.) (Folio 150).

(...)
8. Aceptada la pericia y experiencia de la demandada y de su asociada, Funeraria Senderos de Paz, en la técnica o ciencia de la tanatopraxia, el Tribunal concluye sin hesitación alguna que en el contrato para la prestación de servicios funerarios (Fl 35) ajustado entre la demandada y el demandante, Juan González Rada, éste ciertamente se encontraba en una situación de desigualdad o de inferioridad en relación con el conocimiento de la referida técnica sobre la manipulación de cadáveres; conocimiento especializado en cabeza de la Cooperativa Cooinpaz Ltda y/o de su asociada, Funeraria Senderos De Paz, de tal suerte que, existía en ese convenio mayor carga de diligencia e información en punto del objeto contractual – servicios funerarios- sobre la cooperativa demandada, experta en la citada ciencia o técnica para el manejo y arreglo del cadáver del difunto, Ángel Javier González López, y por lo mismo, fácil es concluir que Cooinpaz Ltda, sabía y conocía las consecuencias inherentes a la apertura del cofre herméticamente cerrado y precintado que contenía el cadáver del causante González López, embalsamado desde el 1 de septiembre de 2008, en Valencia-España, recibido por la empresa funeraria en Barranquilla, el 10 de septiembre de 2008, que no son otras que el incremento notorio del proceso de descomposición cadavérica, tal como se explica en el informe pericial rendido en este asunto por la Facultad de Ciencias Forenses y de Salud, Programa de Tanatopraxia del Tecnológico de Antioquia (Fls 176 a 191), que no fuera objetado por las partes; informe pericial que es contundente al precisar las consecuencias adversas para la conservación del cadáver embalsamado y depositado en el cofre hermético remitido desde España; conclusiones que por su claridad, solidez, coherencia, precisión, se transcriben en lo pertinente:

“...El cadáver de ÁNGEL JAVIER GONZÁLEZ LÓPEZ, quien falleció por PARADA CARDIACA ANOXICA, secundaria a una sumersión no presentó fenómenos típicos de la descomposición cadavérica porque el cuerpo después de rescatado fue llevado a la morgue y guardado en una nevera en la morgue judicial de Valencia, España lo cual retarda la aparición de los fenómenos de descomposición, luego inyectado con una solución de 3 litros de alcohol y 2 litros de formol, la cual retarda los fenómenos de descomposición cadavérica. Es decir, el mencionado cadáver, por haber sido embalsamado, no hace las fases clásicas de descomposición la cadavérica descritas en los diferentes tratados de tanatología que versan sobre descomposición cadavérica (mancha verde, cromática, reticular, enfisematosa, colicuativa) sino que sus tejidos se van desecando con el tiempo.

Al mantenerse la cápsula herméticamente cerrada las emanaciones gaseosas del alcohol y formol inyectados al cuerpo generan una atmosfera gaseosa que por sus efectos bacteriostáticos y bactericidas protege al cuerpo de la acción bacteriana.

Abrir la capsula hermética expone el cadáver a riesgos y al efecto otras condiciones ambientales y biológicas (bacterias, hongos, temperatura, humedad y entomofauna cadavérica) que aceleran los fenómenos de descomposición que había retardado el embalsamamiento inicial.

El ataúd cerrado herméticamente hace que el cadáver quede inmerso en un microambiente y el cuerpo embalsamado va experimentando el proceso de reducción de los tejidos blandos del cuerpo (piel, músculos, tegumentos, y vísceras, etc.)

El cierre hermético reduce la concentración de oxígeno necesario para las bacterias que inician la primera fase de la descomposición cadavérica llamada aerobia (en presencia de oxígeno); por esta razón es indicado que los cadáveres introducidos en ataúdes de cinc cerrados herméticamente no deben abrirse, pues el ingreso de oxígeno permitirá que las bacterias aeróbicas, que inician la descomposición, se activen y aceleren el proceso de descomposición.

Romper el precitado, abrir una cápsula hermética, extraer el cuerpo, reabrir la cavidad abdominal, y retirar las vísceras del mismo sin autorización del embalsamador original es una manipulación inadecuada del cuerpo que tiene como consecuencia directa afectar negativamente el proceso inicial de embalsamamiento y reiniciar el proceso de descomposición que se había retardado con el mismo y exponer el cadáver ya embalsamado al efecto de temperaturas tropicales como la de la ciudad de Barranquilla, Colombia, que favorecen la descomposición. También, impide un propósito fundamental del embalsamamiento funerario como es de preservar y presentar el cuerpo para que sus seres queridos puedan verle en condiciones dignas, lo recuerden como era en vida, velarlo, venerarlo, rendirle culto y elaborar el duelo... (Subrayado fuera de texto para destacar la idea) (Folios 176 a 191, en especial, folios 11 y 12 de la numeración interna del informe).

(...)

9. Recapitulando y a efectos conclusivos, la Sala afirma con rotundidad que la parte demandada incumplió el contrato de servicios funerarios celebrado con el demandante, Juan González Rada, al proceder a la apertura del féretro con caja de zinc que contenía el cadáver embalsamado del joven, Ángel Javier González López, puesto que tal maniobra imprudente e imperita desencadenó sin duda alguna el proceso de descomposición cadavérica que había retardado el embalsamamiento inicial, lo que determinó a su turno la modificación y adelantamiento de la hora señalada para la celebración de la misa funeral; responsabilidad contractual que incluso se configura admitiendo en gracia de discusión que el demandante, González Rada, hubiese autorizado a la funeraria la memorada apertura del cofre herméticamente cerrado, puesto que la contratista demandada incumplió gravemente, en ese escenario, su obligación de informar expresa y claramente al actor las consecuencias que traería para la conservación del cadáver la apertura del cofre cerrado; deber de información contractual que gravitaba sobre la demandada, COOINPAZ LTDA., en virtud de su conocimiento especializado en la ciencia o técnica de la tanatopraxia, que admite tener y ejercer con amplitud.

(...)

11. En el terreno de los daños reclamados por los demandantes se tiene que afirmar sin lugar a equívocos que en el caso presente no existe prueba alguna sobre la existencia y extensión de daños o perjuicios materiales reclamados por los actores; así lo coloca de presente el dictamen pericial ofrecido por el auxiliar de la justicia que milita a folios 198 y 199, el que concluye categóricamente que no están demostrados el daño emergente y lucro cesante pedidos en la demanda, razón por la cual no presenta avalúo alguno sobre los mismos; es decir, en el asunto sub judice, no hay medio de convicción que acredite el daño material alegado por los demandantes; daño que para su indemnización debe ser cierto y real, sin que sea de recibo su presunción judicial.

(...)

11.7 En este sentido la Sala en atención a criterios de reparación integral, equidad, las circunstancias concretas del caso en estudio que ciertamente demuestran la conducta imperita de la cooperativa demandada en la apertura del cofre mortuorio que aceleró el proceso de descomposición del cadáver del hijo y hermano de los demandantes, señalará a título de perjuicios morales a cargo de la empresa demandada la suma de cinco millones de pesos moneda corriente (\$5.000.000), para cada uno de los demandantes, lo que arroja un

total global de quince millones de pesos moneda corriente (\$15.000.000), que deberán ser cancelados por COOINPAZ LTDA., a favor de los actores dentro de los ocho (8) días siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

(...)

13. Se precisa que el recurrente también reclama de este colegiado la imposición a la demandada de una condena no pecuniaria consistente en medida de no repetición, traducida en la elaboración y fijación de una placa en la funeraria Jardines de Paz, cuya leyenda recuerde el cumplimiento de las normas relacionadas con el embalsamamiento de cadáveres; petición que a juicio de la Sala resulta atendible en virtud de que (i) Hoy en día son de recibo todo tipo de medidas de satisfacción, rehabilitación, o garantías de no repetición, así no estuvieren contenidas en el escrito de demanda o no hagan parte de la apelación¹, (ii) tales medidas no son otra cosa que el reflejo práctico del principio legal de reparación integral acogido en el derecho interno por la ley 446 de 1998 artículo 16, que resulta de obligatoria observancia en esta clase de procesos, (iii) la institución de la responsabilidad civil supone por definición, el respeto de los bienes e intereses legítimos de la persona humana y por ende, el reconocimiento de los derechos a la dignidad de la persona, sujeto de derechos, (iv) este tipo de condenas no sólo se impone para casos de violaciones estatales de derechos humanos², sino que se ordenan para restablecer la dimensión objetiva de los derechos fundamentales conculcados; derechos que son el soporte de la legitimidad del poder político y público³.

14. En este orden de ideas, además de la condena al pago de perjuicios morales en la cantidad de dinero ya establecida, el Tribunal, ordenará como garantía de no repetición que la empresa funeraria Jardines de Paz, de la ciudad de Barranquilla, por su cuenta y riesgo, en un lugar visible de sus instalaciones, fije una placa cuyo texto señale: **“EN ESTE LUGAR SE RESPETAN LAS NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES RELATIVAS AL EMBALSAMAMIENTO DE CADÁVERES”**, la que deberá ser puesta dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 1602, 1603, 1604,1617 del C.C., artículo 871 C.Co. Artículo 3 numerales 1.3, 19, 23, 24 de la Ley 1480 de 2011 y artículo 16 Ley 446 de 1998.

DEMANDANTES: Juan González Rada, Valentina López Camargo y Juan González López

FECHA: Septiembre 10 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2010-00010-01/**37.498**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara civilmente responsable a la demandada. Condena perjuicios morales. Ordena condena no pecuniaria

EJECUCIÓN CON PÓLIZA DE SEGURO-Inexistencia de título ejecutivo/No demostró cuantía de la pérdida/**RECLAMACIÓN** -Requisitos que deben reunirse/**COBRO DEL VALOR SINIESTRADO**-Debía aportarse la autorización por parte del acreedor prendario y en caso de quedar un excedente se le pagaría al demandante

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CARMIÑA GONZÁLEZ ORTIZ

¹ Véase en este sentido, Enrique Gil Botero, La Constitucionalización del Derecho de Danos, Editorial Temis, 2014, Pág. 52.

² En efecto, las sentencias de 25 de abril de 2012 (Exp. 21861) y 19 de agosto de 2009 (Exp. 18364), de la sección tercera del Consejo de Estado, decretaron medidas de justicia restaurativa para restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados, en supuestos de responsabilidad médica.

³ Enrique Gil Botero, Obra citada, Páginas 53 y 54.

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte ejecutante pretende que se libere mandamiento ejecutivo de pago a favor con base en la póliza de seguros que afianzaba daños a su vehículo automotor.

Extractos: “En el presente caso, el título ejecutivo aportado es la Póliza Seguro de Automóviles Servicio Público No. AA002891, en la cual se ampara entre otros riesgos la Pérdida Total o Parcial por Hurto o Hurto Calificado, siendo el valor asegurado la suma de \$89.000.000.-

El artículo 1053 del Código de Comercio dispone:

*“ARTÍCULO 1053. **Mérito ejecutivo de la póliza de seguros.** La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:*

1.- En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo.

2.- En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y

3.- Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.”.-

De acuerdo a la norma anterior, uno de los requisitos para que la acción pase a ser ejecutiva en el evento del numeral 3°, es que se haya presentado una reclamación, aparejada de los comprobantes que de acuerdo a las condiciones de la póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 del C. de Comercio.-

Alega el demandante en el hecho séptimo, que la reclamación formal de indemnización como señala la ley fue presentada el 11 de Junio de 2009, la cual se realizó con todos los documentos.-

Revisada la documentación aportada por el demandante, obrante a folio 11 del expediente, encontramos la Constancia a Reclamantes, en la cual aparece relacionado los documentos que fueron recibidos, con fecha 11 de Junio de 2009.-

A folios 12 a 16 aparece el escrito presentado por el Apoderado Judicial del demandante, mediante el cual le está dando respuesta a la demandada, del oficio con No. de radicado interno AV-0907-290, aportando la documentación que le fue solicitada en relación con la reclamación presentada por el demandante, en Junio 11 de 2009, con constancia de fecha de recibo del día 15 de Septiembre de 2009.-

A folios 46 y 47 aparece la carta dirigida al demandante, en la cual la demandada OBJETA la reclamación presentada, de fecha Octubre 6 de 2009, documento presentado por la parte demandada, sin indicar la fecha en la cual le fue puesta en conocimiento la misma al demandante.-

A folio 78 aparece el recibo de correspondencia de SERVIENTREGA No.1022500838, de fecha Octubre 19 de 2009 y recibido el día 20 de Octubre de 2009, mediante el cual la demandada, le remitió la carta de objeción a la reclamación al demandante, documento que fue aportado por dicha parte.-

De lo anterior, se extrae que al haberse presentado la reclamación el día 11 de Junio de 2009, tenía la demandada hasta el 11 de Julio de 2009, para objetar la reclamación presentada o para solicitarle si así lo consideraba los documentos que se hicieran necesarios para el pago solicitado, guardando silencio la aseguradora demandada.-

En relación con el escrito presentado por el demandante, en Septiembre 15 de 2009, mediante el cual anexa la documentación solicitada por la aseguradora demandada, en el hipotético evento de tener esta fecha como inicio del término de un mes para objetar la reclamación presentada, el cual vencía el 15 de Octubre de 2009, se tiene que la objeción de la aseguradora demandada, si bien tiene fecha 6 de Octubre de 2009, sólo se puso al correo para notificársela al demandante el 19 de Octubre de 2009, o sea, cuando ya había transcurrido el mes de que nos habla la norma, por lo que ha de concluirse que en cualquiera de los dos eventos, dentro del mes señalado en el artículo 1053 del C. de Comercio, la aseguradora demandada guardo silencio.-

Al estar reunidos los presupuestos necesarios para que la acción emanada del contrato de seguro pueda ser ejecutiva, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 1053 del C. de Comercio, los documentos que deben allegarse para que pueda iniciarse el proceso ejecutivo son:

- 1.- El contrato de seguro;
- 2.- La reclamación presentada aparejada de los documentos necesarios para demostrar la existencia del siniestro y la cuantía del mismo. (Artículo 1077 del C. de Comercio).-
- 3.- La constancia de haberse presentado a la aseguradora.-

Es de recordar que un título ejecutivo puede ser simple o compuesto, lo cual hace relación con el número de documentos necesarios para acreditar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, que provenga del deudor o de su causante.-

Cuando es un solo documento que reúne esos requisitos, nos encontramos frente a un título simple, por ejemplo, un cheque; y cuando es necesario reunir varios documentos para acreditar esos requisitos, nos encontramos frente a un título compuesto, como en el caso que nos ocupa, en donde además de la póliza de seguro, debe acompañarse la reclamación aparejada con las pruebas para acreditar la existencia del siniestro y su cuantía, tal y como lo exige el numeral 3° del artículo 1053 en concordancia con el artículo 1077 del C. de Comercio.-

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, el demandante presentó, el contrato de seguro, el cual aparece obrante a folios 8 a 10 del expediente y la constancia de presentación de la reclamación, la cual aparece a folio 11 del expediente, más no se aportó la reclamación ni los documentos aparejados para demostrar la existencia del siniestro y su cuantía.-

Aún más, nos encontramos frente a un seguro de daños, donde el valor asegurado que aparece en la póliza, es el límite máximo de la responsabilidad de la aseguradora, debiendo el asegurado o beneficiario, probar la cuantía del siniestro, ya que el seguro de daño de

carácter indemnizatorio, la aseguradora tan solo está obligada a pagar la cuantía de la pérdida efectivamente ocurrida, que en este caso, es el valor del vehículo de placas UYX 412, al momento del siniestro, y en este caso, en ningún momento se estableció la cuantía del siniestro.-

Además de lo anterior, en el caso materia de estudio se presenta concurrencia de intereses sobre el vehículo de placas UYX 412, como es el interés del asegurado, señor LINCON OLIVER AGUILAR BOLAÑO y el interés del beneficiario COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA y al respecto encontramos el artículo 1084 del C. de Comercio, que preceptúa:

“ART. 1084.- Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consignado en el artículo 1089.”.-

A su vez, en la cláusula 7.3.6 de la póliza de automóviles, se señala:

“7.3.6 En el evento de pérdida total, a menos que el acreedor prendario autorice el pago de la indemnización al asegurado, ésta se destinará en primer lugar, a cubrir los créditos con garantía prendaria sobre el vehículo asegurado, y el excedente, si lo hubiere, se pagará al asegurado.”.-

Teniendo en cuenta lo antes señalado, le correspondía al asegurado, señor LINCON OLIVER AGUILAR BOLAÑO, para efectos de poder cobrar el valor a pagar, con ocasión del siniestro reclamado, por la vía ejecutiva, aportar la autorización por parte de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA y al no obtener la autorización, no podía solicitar mandamiento ejecutivo a su favor, por el valor total del siniestro, cuando está estipulado expresamente que primero debía cancelarse el valor del crédito a favor del acreedor prendario y en caso de quedar un excedente es que lo que se le pagaría al demandante.-

Por tanto, al no allegarse con la demanda la reclamación presentada, aparejada de los documentos que demuestren la ocurrencia del siniestro y la cuantía del mismo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3° del artículo 1053, en concordancia con el artículo 1077 del C. de Comercio, no existe título ejecutivo, tal y como lo exige el artículo 488 del C. de P.C., para haberse librado mandamiento de pago, por lo que no procede seguir adelante la ejecución, por lo que no hay lugar a pronunciarse acerca de las excepciones de mérito presentadas por la parte demandada, por lo que en este sentido se ha de modificar el numeral 2° del proveído impugnado.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene aclaración de voto del Magistrado Diego Pérez Salas, a continuación sus argumentos:

“...discrepo de la decisión mayoritaria porque en la misma se soporta la determinación de no seguir adelante la ejecución en la afirmación y conclusión equivocada, según la cual, en el caso presente, el demandante, tomador y asegurado, no está legitimado para ejercer la acción ejecutiva contra la aseguradora, dizque por no haber obtenido la autorización de Coomeva cooperativa financiera para poder ejecutar; conclusión de la sentencia mayoritaria ciertamente errónea, puesto que la ley mercantil no contiene tamaña exigencia al

tomador asegurado para ejercitar la acción ejecutiva derivada de la póliza de seguro cuando se reúnen las condiciones de los artículos 1053 y 1077 del Código Mercantil.”

FUENTE NORMATIVA: Arts. 1053, 1077 y 1084 del Código de Comercio y Art. 488 C.P.C.

DEMANDANTE: Lincon Oliver Aguilar Bolaño

DEMANDADO: La Equidad Seguros Generales

FECHA: Septiembre 12 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-001-2009-00338-01/**38.242**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. No seguir adelante la ejecución. Condena en costas y perjuicios al demandante.

DEVOLUCION DOBLADA DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Procedencia cuando se realiza la enajenación de los mismos sin que se hubiese liquidado la sociedad conyugal/**SANCIÓN DEL ART. 1.824 CÒDIGO CIVIL**-se pretende que el valor del bien vendido cuando ya la sociedad conyugal se encontraba disuelta, pero no liquidada, se reintegre a la masa herencia partible doblado/**VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS**-Tratándose de escrituras públicas de compraventa éstas deben seguir las formalidades de los documentos públicos

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa Fáctica: En el presente caso, se demanda para obtener la restitución doblada de bienes que pertenecían a una sociedad conyugal que estaba disuelta más no liquidada, por lo tanto, los herederos de la esposa fallecida pretende se devuelva el bien dado en venta por el doble del valor de la transacción comercial realizada de forma dolosa.

Extractos: “En el presente asunto encontramos que la parte demandada expone como estandarte de su defensa la supuesta naturaleza gratuita del contrato mediante el cual se adquirieron los bienes sobre los cuales se debate, con lo que pretende demostrar que tales inmuebles no pertenecían a la sociedad conyugal, y por ende desestimaría las pretensiones de la demanda; por lo que procedente es ahondar en el origen de los bienes aludidos por las partes, pues de determinarse que aquellos hacían parte de la sociedad de los esposos, las pretensiones de la demanda estarían llamadas al éxito.

En ese orden de ideas, tenemos en primera medida que la finada señora Rosa Franco de Crescenzi, según lo consignado en el certificado de libertad y tradición allegado con la demanda, no aparece vinculada en manera alguna a la tradición del apartamento 702 del edificio Portal de la Manga, ni del garaje No. 30 de la misma edificación; pues la anotaciones No. 6 y 9 de aquellos certificados dan cuenta de la venta efectuada entre Carulla Vivero S.A. y el demandado Antonio Crescenzi; lo que en principio permitiría concluir que tales bienes fueron adquiridos por el demandado mediante contrato oneroso, y que por lo tanto dichos inmuebles entrarían a hacer parte de la sociedad de los esposos.

La parte demandada intentó desvirtuar tal afirmación arrojando al plenario, copias simples de dos escrituras públicas, la primera de ellas No. 3.834 otorgada el 31 de agosto de 1988 en la Notaría 3^a del Círculo de Cartagena; contentiva del contrato de arrendamiento suscrito entre la Inmobiliaria Manga Ltda. (representada legalmente por la señora Rosa

Franco de Crescenzi) y Abraham Ibarra & Cia. Ltda. (Almacenes Magaly Paris), respecto de un bien inmueble ubicado en la Calle Real de Manga # 19-60; y la segunda, No. 3.510 otorgada el 4 de octubre de 1995 en la Notaría 5ª de Barranquilla, que contiene la designación de beneficiario que hiciera la señora Rosa Franco de Crescenzi en favor del demandando Antonio Crescenzi D'Alessandro; documentos con los que pretendió demostrar el apoderado del encartado, que la adquisición de los bienes que dio a título gratuito, por plena disposición de la finada señora Franco de Crescenzi; argumentando que dichos bienes se adquirieron en virtud de una condición pactada en el contrato de arrendamiento mencionado en precedencia, específicamente la estipulación octava de aquel contrato, en la que se pactó que Magaly Paris adquiriría los bienes que hoy se disputan y los transferiría a los señores Rosa Franco de Crescenzi y Antonio Crescenzi D'Alessandro, o a favor de quienes estos designaran; transferencia que en efecto se dio, pero a nombre del demandado, pues como se indicó la finada señora Franco de Crescenzi dispuso mediante escritura pública que tal acto se hiciera en favor de su esposo, el demandado Antonio Crescenzi D'Alessandro.

Este factor, a juicio del apoderado del demandado, influye de manera determinante en la litis, pues entiende el censor que tal acto impone la adquisición del bien a título gratuito, es decir, que asimila aquella designación de beneficiario a un contrato de donación.

En punto de tales aseveraciones, debe decirse primeramente que dichos documentos no fueron valorados por el Juez de instancia, habida cuenta de que no fueron aportados al proceso dentro de las oportunidades probatorias permitidas por la Ley (pues fueron aportadas a la litis una vez vencido el traslado para alegar de conclusión) aunado a que fueron aportadas en copia simple, y al tratarse de documentos elevados a escritura pública, deben estar debidamente autenticados por el Notario a fin de que tengan valor probatorio; ahora, aun cuando corrigió esa falencia el apoderado del enjuiciado (pues al momento de presentar su recurso de apelación ante el A-quo aportó las copias autenticadas de las mencionadas escrituras), en ese momento procesal ya no era pertinente su análisis; y aun cuando volvió a allegarlas al proceso al momento de sustentar su apelación ante esta instancia, su análisis sigue imposibilitándose, habida cuenta de que dichos documentos, por su tardía aportación a la litis, no fueron sometidos a contradicción, por lo que no podría fincarse en ellos la sentencia de segunda instancia; imponiéndose así la confirmación de la misma.

Ahora bien, probado como está lo siguiente: **i)** La existencia de la sociedad conyugal entre los señores Rosa Franco de Crescenzi y Antonio Crescenzi D'Alessandro, desde el día 11 de diciembre de 1984, hasta el día 5 de octubre de 2007, cuando la mencionada señora falleció; **ii)** La disolución de la sociedad de los esposos, por causa del fallecimiento de la mencionada señora; **iii)** la existencia de bienes adquiridos por los esposos a título oneroso; y **iv)** la enajenación de los mismos sin que se hubiese liquidado la sociedad conyugal, **(enajenación que se llevó a cabo a sabiendas de estar disuelta la sociedad conyugal, según el mismo demandado lo admitió al otorgar la escritura pública, y estando pendiente la liquidación de la misma, no obstante lo cual, informó al Notario que la sociedad se encontraban liquidada)**, nos permite inferir que su tal venta fue dolosa, pues al distraer a sabiendas una cosa de la sociedad en desmedro de los intereses de los herederos de su esposa, no es posible admitir que la conducta desarrollada dentro del esquema descrito sea jurídicamente inocua; todo lo cual impone indefectiblemente el éxito de las pretensiones de la demanda; no sin antes aclarar, que en relación con el alegato de la parte demandada, de que el inmueble de marras fue excluido del proceso sucesorio por

providencia confirmada por la Sala dirigida por el Magistrado, Dr. Abdón Sierra Gutiérrez, cabe señalar que en dicho proceso se decidió no incluir dicha propiedad como bien relicto en el inventario de bienes, porque había sido transferido a un tercero y en tal circunstancia no podían afectarse los intereses de éste; y en este proceso, precisamente se pretende que el valor del bien vendido por el demandado cuando ya la sociedad conyugal se encontraba disuelta, pero no liquidada, se reintegre a la masa herencia partible doblado, de acuerdo con la sanción de que trata el art. 1824 del Código Civil.

Pues bien, de conformidad con los razonamientos anteriores, se impone condenar a la sucesión del demandado Antonio Crescenzi D'Alessandro a la pérdida de la porción conyugal que le correspondía sobre los bienes extraídos de la sociedad conyugal, y a devolver doblados a dicha sociedad el valor de los dos inmuebles enajenados, en plena aplicación del artículo 1824 del C. C., aclarando que, tanto la porción del cónyuge o culpable de la distracción u ocultamiento, como el valor de la sanción, acrecen a los gananciales del consorte inocente y no al acervo partible.

Finalmente, debe decidirse si la determinación adoptada habrá de recaer solamente sobre aquellas pretensiones que versaron sobre los bienes inmuebles referenciados, o si además debe hacerse extensiva a los dineros supuestamente sustraídos por el demandante de las cuentas bancarias de su esposa, pues no es otro el motivo del recurso de apelación de la parte actora.

Recuérdese en este sentido, que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, (...), por lo cual estaban los demandados en la obligación de acreditar la supuesta sustracción de Ochocientos Millones de Pesos presuntamente efectuada por el demandado mientras su esposa agonizaba en un centro médico. En ese sentido se ofició a las entidades bancarias que la parte actora indicó, a fin de que se allegaran a autos los extractos de cuenta que informaran los movimientos de las mismas.

Así mismo se interrogó a la testigo Karen Mejía Franco (fl. 421-422 C.P.), quien dijo en su injurada que había acompañado al demandado a efectuar retiros bancarios en sede de los bancos Davivienda, Bancolombia, y Santander, que ascendían a Ochocientos Millones de Pesos; declaraciones que comparadas con la información remitida por los bancos, no puede tenerse por cierta de manera absoluta, pues el Banco Santander no remitió la información pedida por el Juez de primera instancia, por su parte Banco Davivienda informó que la finada Rosa Franco de Crescenzi no tenía cuentas de ahorros o corrientes con esa entidad, y el demandado Antonio Crescenzi D'Alessandro poseía una cuenta de ahorros con dicha entidad, de la cual remitieron los extractos en medio magnético (fl. 335 CP.); ahora bien, una vez analizada por este Despacho la información correspondiente a dicha cuenta, se tiene que la misma fue abierta por el demandado el día 10 de octubre de 2007, es decir, después de haberse disuelto la sociedad conyugal por el deceso de su esposa, depositando en ella mediante un cheque la suma de Seis Millones Cuatrocientos Setenta y Siete Mil Cincuenta y Cinco Pesos como Ochenta y Tres Centavos Ml (\$6.467.055.83), saldo que no varió mucho en los meses siguientes, y toda vez que no existe prueba del origen de esos dinero, y que de tales movimientos financieros no se evidencia ninguna variación de saldos que permita inferir un aumento desproporcional del patrimonio del demandado, ni mucho menos la disminución inexplicable del mismo, debe descartarse la tesis de la parte activa respecto de éste puntual producto financiero.

Sin embargo, analizada la información remitida a esta sede judicial por Bancolombia encontramos que el demandado era titular de dos cuentas de ahorros, la No. 404-300582-77 y la No. 181-416456-56; mientras que su esposa, Rosa Franco de Crescenzi, poseía igualmente una cuenta de ahorros identificada con el No. 404-300577-05; ahora bien, del análisis de los extractos correspondientes a tales productos hallamos que la cuenta perteneciente a la finada madre del demandante, a fecha 4 del mes de octubre de 2007 poseía un saldo de Noventa y Tres Millones Quinientos Sesenta y Seis Mil Novecientos Veintiún Pesos con Seis Centavos Ml (93.566.921.06) (fl.132 C.P.), de los cuales un día después fueron trasladados Noventa y Dos Millones de Pesos Ml (\$92.000.000.00) a una de las cuentas que el demandado tenía en esa misma entidad, la Nro. 404-300582-77 (fl.297 2º cdno), que a fecha 4 del mes de octubre de aquel año presentaba un saldo de Diez Millones Cuatrocientos Veintisiete Mil Novecientos Veintiún Pesos con Veintiséis Centavos Ml (10.427.921.26), y que un día después, luego de efectuarse la transacción mencionada, informaba un saldo de Ciento Dos Millones Cuatrocientos Veintisiete Mil Novecientos Veintiún Pesos con Veintiséis Centavos Ml (\$102.427.921.26); hecho este que la parte enjuiciada quiso justificar ante el Juez de primer grado aduciendo los gastos clínicos y funerarios en los que incurrió ante el eventual deceso de su esposa, pero que no resulta suficiente para justificar una transacción de tal envergadura, pues aplicando las reglas de la experiencia, nos indica la lógica que las exequias y demás erogaciones que genera el fallecimiento de un ser querido, por más imprevista que esta se dé, no tiene la virtualidad de generar tales costos.

Dicho de otra forma, no se explica la necesidad de transferir \$92.000.000.00 de la cuenta de su esposa, a una cuenta propia, el mismo día de su deceso, máxime si se mira que el día 8 del mismo mes y año, la cuenta de la finada señora Franco de Crescenzi fue cancelada; todo lo cual, en conjunto nos permite colegir, que dichos movimientos financieros tuvieron la finalidad de distraer tales dineros del haber de la finada, y hacerlos parecer como propios, para efectos de las respectivas actuaciones sucesorales, afectando así los derechos de los herederos de la mencionada señora; puesto que los dineros distraídos pertenecían a los bienes comunes del haber conyugal y por ende, luego de liquidarse la sociedad de los esposos, la mitad de los mismos debían ingresar al patrimonio a repartir entre los herederos de la señora Franco de Crescenzi; propósito que no se logró con la aludida transacción, pues tales dineros, a la fecha en que se produjo el deceso de la finada, a saber 5 de octubre de 2010, pasaron a la cuenta bancaria de su esposo ahora demandado, y por ende, a esa época pertenecían al haber social disuelto y sin liquidar.

En consecuencia, se adicionará la sentencia del A-quo en el sentido de condenar a la sucesión del finado demandado, Antonio Crescenzi D'Alessandro, a perder la porción conyugal a que tenía derecho, respecto de los dineros sustraídos de la cuenta de ahorros de la también fallecida señora Rosa Franco de Crescenzi, es decir, el 50% de los mismos, que equivale a la cuantía de Cuarenta y Seis Millones de Pesos ML (\$46.000.000.00); y consecuentemente, se le condenará a devolver a la sociedad conyugal de donde fueron sustraídos, los Noventa y Dos Millones de Pesos (\$92.000.000.00) doblados, lo que arroja la suma de Ciento Ochenta y Cuatro Millones de Pesos ML (\$184.000.000.00), en aplicación del artículo 1824 del C. C., aclarando que, tanto la porción del cónyuge culpable de la distracción u ocultamiento, como el valor de la sanción, acrecen a los gananciales de la consorte inocente, señora Rosa Franco de Crescenzi (Q.E.P.D.) y no al acervo partible.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 1824 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 30 de octubre de 1998, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles y N° 102, de abril 25 de 1991, M.P. Héctor Marín Naranjo

DEMANDANTE: Dorian Mejía Franco- Karen Mejía Franco

DEMANDADO: Antonio Crescenzi D'Alessandro

FECHA: Septiembre 15 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-008-2009-00093-03/**37.508**

DECISIÓN: Confirma y adiciona el fallo apelado.

2. SALA LABORAL

PAGO DEL RETROACTIVO PENSIONAL- Cuando se ha dejado en suspenso por el ISS por tener el afiliado fallecido reconocida una pensión de jubilación convencional de carácter compartida/**COMPARTIBILIDAD PENSIONAL-**No resultan aplicables las normas del Acuerdo 049 de 1.990 ni el artículo 5° del Decreto 813 de 1.994 por tratarse de las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se condene al ISS al reconocimiento y pago del retroactivo de la sustitución pensional debidamente indexado desde el momento en que adquirió el derecho; intereses moratorios por el no pago oportuno de mesadas pensionales desde el 6 de diciembre de 2.010 hasta el mes de julio de 2.011

Extractos: “Para efectos de resolver el problema jurídico, precisa la Sala que no es objeto de discusión en esta instancia, que la parte demandada le reconoció a la demandante la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional con ocasión a la muerte de su cónyuge señor José Daniel Gutiérrez Velasco, quien era pensionado por vejez del I.S.S. como Administrador del Régimen de Prima Media y también jubilado por parte del mismo ente en calidad de empleador. Así mismo, tampoco se discute que al momento de reconocer el I.S.S. la pensión de vejez al pensionado fallecido, determinó que el retroactivo pensional generado sería pagado al mismo Instituto de Seguros Sociales en razón a que la pensión de jubilación extralegal o convencional que con antelación le concedió como su empleador tenía el carácter de compartida.

Sabido es, que la compartibilidad pensional es una figura que permite a los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales o extralegales, compartir su pago con el Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando coticen a éste durante el tiempo exigido para que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, momento en el cual el Instituto asumirá su pago y el empleador quedará a cargo de las diferencias entre la pensión que el ISS reconozca y la que el empleador venía pagando, si las hubiere, en razón de que tanto la pensión de jubilación a cargo del empleador como la de vejez a cargo del Seguro Social, obedecen y cubren el mismo riesgo de vejez.

Lo anterior por cuanto el objetivo del Seguro Social fue el de subrogar o sustituir a las empresas o empleadores en el pago de las obligaciones a cargo de éstos y que corresponden a los riesgos asumidos por dicho Instituto, siendo expresa la incompatibilidad entre las dos pensiones y la exclusión de la una por la otra hasta la concurrencia de sus respectivos valores. (Decreto 3041 de 1.966, artículo 60 del Acuerdo 224 de 1985, aprobado por el

Decreto 2879 del mismo año, y artículos 16 y 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990).

En el caso sub-examine, es evidente que al empleador jubilante I.S.S. ya le fue asignado con antelación al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante, el pago del retroactivo de la pensión de vejez que se le reconoció al causante en razón al cumplimiento de la condición señalada por Ley para quedar subrogado del pago de la pensión de jubilación, ya sea de manera parcial si hubiere un mayor valor y/o diferencia entre el monto de dicha pensión de jubilación otorgada por el empleador y la de vejez reconocida por el I.S.S. como Administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, o totalmente cuando no exista ese mayor valor.

Por lo tanto, si bien resultan afines para el caso bajo estudio algunas de las disposiciones normativas que invoca la recurrente, tales como los artículos 16, 17 y 18 del Acuerdo 049 de 1.990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como el artículo 5° del Decreto 813 de 1.994, modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de la misma anualidad por tratarse del tema de compartibilidad de las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador, tales disposiciones no resultan aplicables en el presente caso dado que la pensión de sobreviviente reconocida a la actora viene en sustitución de la de vejez concedida al causante, a la cual ya se le había efectuado la correspondiente deducción en su retroactivo pensional en virtud de la figura de la compartibilidad entre las aludidas pensiones otorgadas por el I.S.S., de tal manera que nada le adeuda la parte actora al I.S.S. como empleador jubilante.

Tampoco resulta aplicable al caso sub-lite, el artículo 34 del mencionado Acuerdo 049 de 1.990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año por cuanto este se refiere a la controversia entre pretendidos beneficiarios de una prestación, lo cual aquí no acontece ya que viene plenamente demostrado que el retroactivo de la pensión de vejez que le fue concedida al causante se le ordenó girar al I.S.S. Patrono, y no existe discusión entre otros beneficiarios de la sustitución pensional.

En consecuencia, no se erige como impedimento para el reconocimiento y pago del retroactivo pensional la compartibilidad alegada por la apelante dado que en todo caso la entidad demandada como entidad de la seguridad social le asiste la obligación de reconocer y cancelar de manera completa la pensión de sobreviviente a partir de la fecha de su causación, sin que incida en su monto la que le llegare a reconocer el empleador del pensionado fallecido como sustitución de la pensión convencional y la pensión de orden legal que le fue concedida a la actora, por cuanto quien en últimas podría subrogarse total o parcialmente de su pago, es quien fue empleador jubilante del causante y no la entidad de seguridad social a la cual se encontraba afiliado y aportando, como lo es el I.S.S. hoy Colpensiones.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 60 del Decreto 3041 de 1.966, Artículo 60 del Acuerdo 224 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, Artículos 16 y 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990

FECHA: Septiembre 12 de 2014

DEMANDANTE: Ana Raquel Ahumada de Gutiérrez

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

RADICACIÓN: 08-001-31-05-015-2012-00253-01//51088-A

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

CONTRALORÍAS TERRITORIALES-Naturaleza jurídica/Capacidad para comparecer en juicio/**NULIDAD PROCESAL**-Se configura por no haberse demandado al ente territorial que tiene su representación legal /**RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**-No pueden las contralorías estar legitimadas de manera autónoma como demandadas en el proceso

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, se decreta la nulidad de lo actuado por cuanto funge como demandada la Contraloría Departamental del Atlántico, sin que exista constancia de estar vinculada procesalmente el Departamento del Atlántico, razón por la cual, acogiendo los últimos precedentes del Consejo de Estado la Sala rectifica su posición anterior.

Extractos: “Acerca de la posibilidad de demandarse en proceso judicial a las Contralorías, esta Sala citando al Consejo de Estado expuso sobre el tema en auto del 24 de abril de 2008, Rad. 25457, lo siguiente:

“

...

Con relación a lo primero el Consejo de Estado, modificando criterios anteriores, se pronunció de la siguiente manera: “Concluye entonces la Sala, que al tenor de las normas analizadas (artículo 31, 53 y 57 L.42/93, artículo 31, numeral 7 L.106/93, anota esta Sala), la Contraloría General de la república sí está dotada de personería jurídica, y en consecuencia puede ser parte en los procesos y la representación será del señor Contralor General.

“Ahora bien, como quiera que el inciso 3° del artículo 272 de la Carta Política ordenó a las Asambleas y Concejos organizar las contralorías como entidades técnicas con autonomía administrativa y presupuestal y como quiera que en materia contractual la competencia predicada para el Contralor General de la República, lo es también para los contralores departamentales, municipales y distritales literal b, numeral 3° artículo 11 de la Ley 89 de 1993, según autorización del inciso 5° del artículo 272 de la Constitución Nacional, fuerza concluir que por mandato constitucional y legal, las contralorías departamentales, municipales y distritales, participan de los mismos atributos esenciales de la Contraloría General de la República, por lo tanto, la Sala considera que todas las contralorías son portadoras de personalidad jurídica y esto les hace ser, huelga repetir, sujetos de derechos con capacidad de contraer obligaciones; en consecuencia, están capacitadas para ser partes procesales y ser representadas judicialmente por los respectivos contralores”⁴.

...”.

4.1. No obstante lo anterior, en decisión del 25 de enero de 2010, Rad. 05001-23-31-000-2002-00679-01 (0615-08), proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, se dijo:

⁴ Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 11 de septiembre de 1995, Exp.3405.

“Esta Corporación mediante auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 1494-01 Actor, Eulín Gómez Páez, M. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, rectificó la posición jurisprudencial según la cual se venía reconociendo la calidad de persona jurídica a las Contralorías Territoriales; y, concluyó, luego del estudio de la normatividad correspondiente que, si bien dichas entidades gozan de autonomía Presupuestal, Administrativa y Contractual, ello por sí sólo no les confiere la personalidad jurídica, porque quien realmente tiene tal calidad es el ente territorial del cual hace parte la Contraloría respectiva.

El anterior criterio fue reiterado en el auto de 25 de julio de 2007, Expediente No. 6027-2005, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, que al respecto dijo:

“De acuerdo con lo expuesto, el Despacho considera que luego de la expedición de la Constitución de 1991 y de las Leyes 42 y 106 de 1993, vigentes en su totalidad para la fecha de presentación de la demanda, las contralorías distritales deben comparecer en juicio con la entidad territorial de la cual forman parte, facultad que también encuentra asidero jurídico en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo. (...)”

(...)

De acuerdo con lo antes expuesto, y en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso del Departamento de Antioquia, se dispondrá declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, ya que al ostentar la representación legal de la Contraloría Departamental de Antioquia, tal como quedó visto, debe ser catalogado como litis consorte necesario, siempre que el citado ente de Control deba comparecer judicialmente”.

- 4.2. Por lo anterior, este Despacho pasará a rectificar su criterio para acoger el actualmente pregonado por el H. Consejo de Estado en tratándose de personería jurídica de las Contralorías y, por consiguiente, se declarará la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, pues por lo atrás visto quien ostenta la representación de la Contraloría Departamental – hoy demandada- es el Departamento del Atlántico, debiendo entonces comparecer en este proceso.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 140 C.P.C., Artículo 29 Constitución Política, Consejo de Estado, auto de 24 de abril de 2008. Rad: 25457,

DEMANDANTE: Carlos César Mejía Cantillo

DEMANDADO: Contraloría General del Departamento del Atlántico

FECHA: Septiembre 16 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-05-001-2013-00364-01/51358

DECISIÓN: Declarar nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE-Aplicación Parágrafo 1º del art. 12 de la ley 797 de 2003/
PRESCRIPCIÓN DE LA MESADA PENSIONAL- Criterio de interpretación esbozado por la Corte Suprema de Justicia/**AGENCIAS EN DERECHO**-No se pueden tasar de forma mixta a través de salarios mínimos y porcentajes sobre los valores económicos de la pretensión

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: La actora en su demanda solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento y pago, en su calidad de cónyuge del causante, de la sustitución pensional por vejez, las mesadas causadas desde el fallecimiento en cuantía del salario mínimo mensual legal vigente, los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, indexación, costas y agencias en derecho.

Extractos: “No cabe duda que el deceso del asegurado NAYIB DE JESÚS CERVANTES HERRERA ocurrió el 30 de septiembre de 2006⁵, por lo cual las normas aplicables son los arts. 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los arts. 12 y 13 de la ley 797 de 2003, respectivamente.

Tenemos que el art. 13 ibídem dispone quiénes son los Beneficiarios de la pensión de sobreviviente⁶.

En este asunto, se encuentra acreditada la calidad de cónyuge de la accionante respecto del finado⁷, además que al 30 de septiembre de 2006 contaba con 55 años de edad⁸ - correspondiéndole en el evento que demuestre el cumplimiento de los demás requisitos la prestación en forma vitalicia- y que convivieron ininterrumpidamente por más de 19 años hasta el momento de la muerte de aquel⁹.

El art. 12 ibidem establece como requisitos para acceder a la prestación de sobreviviente la cotización de cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y la fidelidad entre el cumplimiento de los 20 años de edad y la fecha del fallecimiento, requisito éste último que fuera declarado inexecutable por la Corte Constitucional¹⁰ y además, inaplicable por la Corte Suprema de Justicia¹¹ aun frente a

⁵ Fl. 8

⁶“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo). Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.....”.

El texto entre paréntesis y subrayado fue declarado executable condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

⁷ Fl. 12

⁸La demandante nació el 15 de septiembre de 1951, ver registro de matrimonio, fl. 12

⁹ Testimonio de WILLIAM MENDOZA DE LA HOZ, Ver Cd de audio

¹⁰ sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009

¹¹ Sentencia del 10 de julio de 2012, Rad. 42423, M.P. DR. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

situaciones consolidadas antes de tal declaratoria de inexequibilidad, razón por la que resulta inane adentrarnos al respecto.

En cuanto al requisito de semanas, se nota que en la Resolución No. 8041 de 2010¹² - única prueba ilustrativa del caso- se indica que el fallecido cotizó en vida un total de 1.066 semanas - no se dice, pero se entiende que todas lo fueron al ISS-, de las cuales sólo 29 lo habían sido dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹³ ha sostenido que si el afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cotizó un número de semanas suficiente para acceder a la pensión por vejez -que es respecto de la cual se exige un mayor número de cotizaciones-, consolida el derecho a prestaciones previstas para otros riesgos y contingencias como la de invalidez o sobrevivencia que requieren una densidad de cotizaciones inferior, así no las hubiese satisfecho dentro del lapso que establece la ley, dado que no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Igualmente, atendiendo que la libelista en su demanda esboza que tiene derecho a la prestación reclamada por cuanto su esposo había cotizado 1.066 semanas, esto es, más de las 1.000 requeridas por el acuerdo 049 de 1990, bien podía aplicarse la regla contenida en el parágrafo 1° del art. 12 plurimencionado. Ciertamente, ello, no fue tocado por el juzgador de primer grado, empero refiriéndose precisamente al principio de congruencia nuestra Superiora Funcional¹⁴ expresó en fecha reciente: “(...)Dicho de otro modo, las normas y argumentos jurídicos sostenidos en la demanda no son vinculantes para el fallador, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte.

Ciertamente es conocido de tiempo atrás el aforismo «dadme los hechos y yo os daré el derecho», de manera que como lo ha reiterado esta Sala en múltiples ocasiones, le corresponde al juez al resolver el litigio a partir de los hechos acreditados en el plenario, subsumirlos en la norma que consagra el derecho en discusión, dado que conforme al mandato superior del artículo 230 constitucional «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...». Véanse entre otras las sentencias: CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 38224; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad. 33352, CSJ SL, 03 dic. 2007, rad. 2962, y 21517 del 27 de julio de 2005”.

En consecuencia, siendo el juez el llamado a aplicar la norma, tenemos que el parágrafo 1° del art. 12 de la ley 797 de 2003 dice “Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

¹² Fls. 9-11

¹³ Sentencia del 8 de mayo de 2012, Rad. 39735, M.P. Dr. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

¹⁴ Sentencia SL4457-2014, Radicación No. 43904, del 20 de febrero de 2014.

La Máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria¹⁵ explicó al respecto:

“(…) Para redundar en lo expuesto, precisa traer a colación lo adoctrinado por esta Sala en sentencia del 31 de agosto de 2010, radicado 42628, recientemente reiterada en la sentencia del 3 de mayo de 2011, radicado 35438 en la que puntualizó:

“Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y lo anteriormente expuesto es así porque, en primer término, como quedó visto, las normas vigentes de ese acuerdo forman parte del régimen de prima media con prestación definida y, en segundo lugar, deben utilizarse en materia de edad, número de semanas cotizadas y monto de la prestación, para los beneficiarios del régimen de transición pensional.”

(…) ”

Luego entonces, como el señor CERVANTES HERRERA nació 14 de abril de 1953¹⁶, salta a la vista que al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, razón por la cual debe entenderse que era beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993 y por lo tanto, le eran aplicables las normas del Acuerdo 049 de 1990, partiéndose de la base – como lo dijo el fallador inferior- que todas las cotizaciones lo fueron al ISS por no haberse dicho lo contrario, ni demostrado lo contrario.

De esta manera, el art. 12 de ese Acuerdo disponía el cumplimiento de las 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores a la edad – para este preciso asunto, a la muerte- o más de 1.000 en cualquier tiempo.

Como estaba probado que el fallecido sufragó 1.066 semanas en toda su vida laboral, es obvio que dejó causada la pensión de sobreviviente a favor de su cónyuge en los términos de la disposición estudiada.

Sobre el punto de la cuantía pensional evidentemente al no reposar historial de semanas con detalle de los ingresos base de cotización, no quedaba otra alternativa que fijarla en el salario mínimo de la época del fallecimiento, momento a partir del cual nace el derecho al goce de la pensión suplicada.

¹⁵ Sentencia del 14 de agosto de 2012, Rad 41671

¹⁶ Fl. 12- registro de matrimonio

En cuanto a la excepción de la prescripción propuesta por la demandada, se estudiará atendiendo lo dispuesto en los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS y los lineamientos de la sentencia de mayo 26 de 1986, en la cual la Corte Suprema dijo que la pensión de jubilación por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribía en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años; además, en cuanto a la contabilización del término prescriptivo dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral¹⁷, que:

“(…)

El artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta. Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, el primero, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. El segundo, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta. Naturalmente, como dicha figura tiene como actor a quien pretenda el derecho, debe ser el mismo quien tenga la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes.”

Así, se advierte que partiendo del hecho fáctico admitido que el recurso de apelación formulado por la actora contra el acto administrativo que no accedió a reconocerle la pensión, lo decidió el Instituto de Seguros Sociales el 2 de febrero de 2004 según Resolución 000072, la prescripción se interrumpió hasta tal data, de lo que se precisa que la inferencia del Tribunal según la cual la reclamación administrativa de la demandante el 9 de agosto de 2000, interrumpió la prescripción, no es desacertada como lo afirma la censura.

El artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta. Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación, la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciables, el primero, cuando se haya decidido, es decir cuando la Administración responde la reclamación, evento que supone, si el pronunciamiento contempla la posibilidad de

¹⁷ Sentencia del 7 de febrero de 2012, Rad 37251, M.P. DR. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

impugnarlo a través de los recursos de la llamada vía gubernativa, que esa decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente, instante desde el cual puede afirmarse que se ha agotado la reclamación. El segundo, que se materializa cuando transcurrido un mes desde la presentación, la reclamación no ha sido resuelta. Naturalmente, como dicha figura tiene como actor a quien pretenda el derecho, debe ser el mismo quien tenga la opción de escoger uno de los dos eventos reseñados, es decir, que puede esperar a que la Administración se pronuncie, recurrir esa decisión cuando ello sea posible y esperar que los recursos sean resueltos definitivamente, o bien esperar que transcurra el mes.

Ahora, en los términos del inciso 2º del precepto instrumental reseñado, mientras esté pendiente la reclamación administrativa, el término de prescripción de la acción queda suspendido. Por tanto, si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión, ya que mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada. Y no puede verse afectado el interesado en esta hipótesis, por la demora o tardanza de la Administración para resolver las inconformidades interpuestas, pues obviamente no puede responder por la culpa de la entidad pública, quien debe obrar diligentemente y dentro de los términos de ley. Naturalmente, si el interesado, una vez transurre el mes de presentada la reclamación sin que haya habido pronunciamiento, inicia la acción judicial, debe entenderse que dio por agotado su reclamo y desde ese momento cesa la suspensión del término prescriptivo, así la Administración se pronuncie con posterioridad.

En ese orden, como el cónyuge de la actora falleció el 24 de mayo de 2000 y ésta reclamó el 9 de agosto del mismo año, se tiene que el término prescriptivo corrió por 2 meses y quince días. Desde la última fecha hasta el 2 de febrero de 2004, cuando se expidió la Resolución 000072, que resolvió el recurso de apelación, la prescripción quedó suspendida, volviendo a correr el término de prescripción hasta el 30 de enero de 2006, fecha en que fue presentada la demanda, interrumpiéndose aquella. Entre el 24 de febrero de 2004 y el 30 de enero de 2006, la prescripción corrió por 1 año, 11 meses y 28 días, que sumado a los 2 meses y 15 días que inicialmente corrió, fácilmente evidencia que no alcanzó a configurarse el término de tres años que permitieran deducir que la prescripción de la acción se había evidentemente materializado”.

Siguiendo las pautas marcadas por nuestra Superiora para la contabilización del plazo trienal, se tiene en este asunto que el derecho a la pensión se hizo exigible el 30 de septiembre de 2006 y se reclamó administrativamente por primera vez el 22 de octubre de 2009¹⁸ (Hasta aquí transcurrieron 3 años y 22 días), por lo que se suspendió el término prescriptivo desde ésta calenda hasta la expedición de la Resolución No. 8041 del 19 de mayo de 2010¹⁹, la cual fue notificada personalmente el 6 de agosto de 2010²⁰. Luego entonces, a partir del 6 de agosto de 2010 se reactivó el plazo extintivo hasta la presentación de la demanda, que lo fue el 1º de octubre de 2012²¹ (Transcurrieron 2 años, 1 mes y 25 días),

¹⁸ En los considerandos iniciales se dice que la solicitud pensional se elevó el 30 de septiembre de 2006, pero debe entender la Sala que se trató de un error de transcripción de la encartada, toda vez que tal calenda fue la del deceso del señor Cervantes. En razón de ello, se considera que la fecha de aquella es la que se indicó en la parte final del mismo (acto administrativo) cuando se resuelve la petición de indemnización sustitutiva.

¹⁹ Fl. 9-11

²⁰ Fl. 11 y vta

²¹ Fl. 6

surgiendo nítido que entre uno y otro momento se completaron 5 años, 2 meses y 17 días, sobrepasándose los tres años de que hablan los artículos ya mencionados y por ende, recayendo la prescripción sobre las mesadas generadas con anterioridad al 1° de octubre de 2009, tal como lo esgrimiera el inferior.

Entonces, las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas entre el 1° de octubre de 2009 y el 31 de octubre de 2013 – fecha de la sentencia de primera instancia- constituyen efectivamente un retroactivo en la suma de \$31.114.300:

| AÑO | PENSIÓN | No. | SUB TOTAL |
|--------------|---------|-------|-----------|
| oct-09 | 496900 | 4 | 1987600 |
| 2010 | 515000 | 14 | 7210000 |
| 2011 | 535600 | 14 | 7498400 |
| 2012 | 566700 | 14 | 7933800 |
| Hasta oct-13 | 589500 | 11 | 6484500 |
| | | TOTAL | 31114300 |

En lo atinente a la indexación, cabe decir que es procedente por cuanto comporta el resarcimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, pero se advierte que si bien el juzgador esbozó en la parte considerativa que se concedería, la omitió imponerla en la resolutive, por lo cual se precisará el numeral tercero en este sentido, sin que por esto deba entenderse que se incurre en Reformatio in pejus pues no se está reformando en perjuicio de Colpensiones, ya que – se itera- si fue analizado en la sentencia.

Finalmente, en cuanto a la tasación de las agencias en derecho, se percata la Sala que erró al fijarlas en un 10% de las condenas más un salario mínimo mensual legal vigente, siendo que de conformidad con el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 “por el cual se establecen las tarifas en agencias en derecho” expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el capítulo II, numeral 2.1.1, PARÁGRAFO: “Si la sentencia reconocen prestaciones periódicas, hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes”. En consecuencia, como quiera que lo concedido fue una pensión de sobreviviente - lo cual se traduce en una prestación periódica-, es obvio que debieron tasarse las agencias en salarios mínimos y no en forma mixta (porcentajes y salarios mínimos), como así lo hizo. Por lo tanto, se señalará como agencias en derecho una suma equivalente a seis salarios mínimos mensuales legales vigentes al 2013 (\$3.537.000).

En cuanto a los intereses moratorios que la Procuraduría solicita que también se concedan como quiera que se modifica la decisión de primera instancia para conceder la indexación que si fue considerada pero omitida en la resolutive no habría lugar a los mismos por cuanto ya fue reconocida la indexación como tal presentando una incompatibilidad entra la una y la otra.

(...)
Surge como conclusión que se encuentra probada la convivencia ininterrumpida con el asegurado hasta el momento de la muerte, además que éste acreditó en vida 1.066 semanas, es decir, más de las 1.000 requeridas para la pensión de vejez que es la que exige mayor número de cotizaciones, por lo cual debe entenderse que se consolidó el derecho a la

prestación solicitada pues no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; a más que también cumple con la condiciones estatuidas en el parágrafo 1° del art. 12 de la ley 797 de 2003.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 46 y 47 Ley 100 de 1993. Sentencias CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 38224; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad. 33352, CSJ SL, 03 dic. 2007, rad. 2962, y 21517 del 27 de julio de 2005.

DEMANDANTE: Ana Rosa De la Hoz De Cervantes

DEMANDADO: ISS en liquidación-Hoy Colpensiones

FECHA: Septiembre 24 de 2014

RADICACION: 08-001-31-05-005-2012-00570-01/ **51023**

DECISION: Adiciona sentencia consultada

3. SALA PENAL

PRUEBA DE REFERENCIA-No resulta admisible para proferir sentencia condenatoria/Características en el sistema penal acusatorio/Concepto en el derecho penal comparado/**PRINCIPIO DE SELECCIÓN PROBATORIA**-Facultad del juez de tomar las pruebas que estime de mayor relevancia dentro de las allegadas al proceso/**MEDIOS DE PRUEBA**- Sólo deben valorarse y adquieren dimensión probatoria los practicados en la audiencia del juicio oral/**ENTREVISTAS**-Son actos o elementos que sirven para orientar la investigación

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el Tribunal estudia el recurso de apelación presentado por el ente fiscal, quien pretende fincar una sentencia de condena por el delito de homicidio y porte ilegal de armas con base en entrevistas recaudadas durante la etapa de investigación las cuales no pudieron incorporarse en el juicio oral.

Extractos: “Pues bien, en punto de los cuestionamientos que hace la delegada fiscal al fallo absolutorio, la Sala, hace un resumen de ellos de la siguiente manera: a) Que igual que el Juez, la defensa y el ministerio público, se da por descontado la existencia del delito de homicidio de que fuera víctima el señor José Villareal Ortiz, el día 1° de diciembre de 2010, a eso de las 4:45 a.m. cerca a la residencia marcada con el número 42C N° 83-69, del barrio Los Alpes de esta urbe, cuando es impactado por proyectiles de arma de fuego – cuatro (04) -; b) Que la identidad de Jesús Daniel Sánchez, a la sazón acusado se encuentra debidamente acreditada en este proceso penal e igual que no tiene permiso para portar armas de fuego; y c) Que con los testimonios de los policiales Andux Gil Henao y Ferney Durán Leal, se establece la existencia de Jesús Daniel Sánchez Sánchez, porque Arilis José Lagares Narváez, lo señala en una entrevista como la persona que mediante el uso de arma de fuego acabó con la vida de Joselin Villareal Ortiz, tanto que lo reconoce fotográficamente y da detalles modales y temporales del desarrollo de los sucesos criminales.

Ahora, como la delegada fiscal, recurrente solicita la revocatoria del fallo absolutorio y en consecuencia se condene al procesado por los delitos objeto de acusación, sembrando para estos menesteres su criterio, el tribunal, empieza su labor revisoría echando mano de las exigencias normativas para condenar, por ello nos dice:

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dice textualmente que: “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse **exclusivamente en prueba de referencia.**”*

El artículo 380 de la Ley 906 de 2004, en aparte de nuestro interés describe: “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas se apreciaron en conjunto...”.

Por lo que si se mira con detenimiento el texto de la sentencia impugnada, se obtiene conclusivo que brota con nitidez el cumplimiento total de la orden dada por el artículo en referencia y por otra parte se registra irrefragable dentro del proceso suasorio de las pruebas la potestad de la Juez, para hacer un barrido o seleccionar aquellas que tengan la pertinencia, utilidad y relevancia necesaria para la solución al caso sometido a su rasero intelectual, desde luego por ser autónoma, independiente, imparcial y con mayor razón cuando se garantizó la contradicción e intermediación en el recaudo probatorio, con todo porque tal cometido se contrasta con el principio de selección probatoria de usanza por la Corte, véase lo que dijo:

”Tampoco es esencial para estos efectos que la decisión judicial comprenda tanto la individualización como la valoración de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, pues, como tantas veces lo ha precisado la Sala, el juzgador, en virtud del principio de selección probatoria, no está obligado a hacer un examen exhaustivo de las mismas, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, pues de lo contrario ésta devendría en interminable”²².

Afirma el Tribunal, para atender la súplica de la delegada fiscal, que dentro del proceso penal oral colombiano, la prueba de referencia según las voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, son degradadas o limitadas en su poder demostrativo consecuentemente tenemos que “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia” y las entrevistas son elementos materiales o evidencias físicas que sirven para orientar la investigación; pero jamás son verdaderas pruebas, simplemente porque las que deben valorarse y adquieren tal dimensión probatoria son aquellas practicadas en la audiencia del juicio oral, donde en nuestro caso solo se evacuaron testimonios de oídas con relación a la responsabilidad penal del acusado, como aquí ocurrió y si en gracia de discusión de conformidad con el artículo 402 ibídem, pudiera predicarse que los aludidos testigos declararon sobre aspectos que en forma directa y personal hubiesen tenido la ocasión de observar o percibir esto así revelado nada dice sobre la responsabilidad del procesado en los delitos objeto de acusación, porque:

Sólo les consta que en razón de sus funciones y frente a un plan metodológico elaborado por el delegado fiscal, les correspondió construir o edificar actos de investigación de conformidad con el artículo 205 ejusdem, los cuales los llevaron a establecer la identidad y característica del probable autor de las conductas punibles que no es otro que Jesús Daniel Sánchez Sánchez, también urdieron unas pesquisas en procura de establecer la propiedad y ubicación de la motocicleta que sirvió para transportar a los autores del crimen y demás caracteres necesarios y derivados de los contornos de esta acción criminal.

²² Sentencia de 18 de marzo de 2009, radicación 26631, citada en la sentencia de de 13 de julio de 2011, radicación 35389.

Pero resulta que el testigo Arilio José Lagares Narváez, pieza angular de esta investigación jamás compareció al juicio, para deponer sobre las acusaciones que vierte en una entrevista y que a la postre es un elemento material que fue introducido por el delegado fiscal, dando cuenta de ello el fallo absolutorio en un aparte cuando sostiene: “10. El día 23 de septiembre de 2013, previa solicitud de la fiscalía, sin reparos de la defensa, se ordena tener como pruebas de referencia admisibles, las entrevistas de los señores Alirio José Lagares Narváez y Ricardo Manuel Montero Sánchez, y ello se cumple en la misma audiencia, a través del servidor de la Sijin, José Ferney Durán Leal.”²³

Sobre este tópico prosigue el Juez, señalando los esfuerzos que realizó para hacer comparecer a los entrevistados y los cuales abortaron resultados negativos por disímiles razones, no atribuibles al Juzgado, quien incluso ordenó la correspondiente conducción de los pretensos declarantes.

Así las cosas, la delegada fiscal, en su confutación con el fallo absolutorio pretende con sus argumentos el que se condene al procesado por los delitos objeto de acusación, con las *entrevistas* porque a su juicio estas se convierten en un excepcional vector autorizado normativamente por el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, por corresponder a un *evento similar* de aquellos surtos en este artículo 438 de la misma obra y que se contrasta con que: “b. Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada...”.

Pero la Corte Constitucional, ante una demanda de inconstitucionalidad sobre el texto del artículo 438 de la ley 906 de 2004 y específicamente referido al literal b, en donde se encuentra un *evento similar* señaló:

“La Corte consideró que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, el cual establece los casos en que se es admisible la denominada prueba de referencia, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas.

En el marco de su poder de configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, sí permite al juez una adecuada comprensión y aplicación.

Esto es, dicha expresión se incorpora de manera tal al precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro o desaparición forzada.”²⁴

De modo que la recurrente alude a la hipótesis vertida en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, referida al evento similar; pero que tal postulación cabalga huérfana de comprobación en el libelo de apelación y esto explica el que la pretendida condena fundada en las entrevistas decaiga ante el rigor del artículo 381 de marras, porque ésta jamás puede fundarse en prueba de referencia y por demás aquí válidamente recaudada no existe una prueba directa o testimonial que nos reporte un conocimiento seguro o más allá de toda duda razonable de que Jesús Daniel Sánchez Sánchez, haya cometido el delito de Homicidio de nuestro resorte funcional.

Ya que arribar a la conclusión de responsabilidad con la fragilidad de las pruebas que fueron acopiadas en el debate del juicio oral, sería una irresponsabilidad del Estado, manifestada a través de los jueces penales de la República, porque contrario al cumplimiento de sus deberes y al culto de la presunción de inocencia, se le otorgaría a las

²³ Folio 49, c.o.

²⁴ Sentencia C-144 de 03 de marzo de 2010. Corte Constitucional.

labores de policía judicial, una inmensa importancia probatoria a sus actos de investigación que incluyen las entrevistas, como que anticipadamente tendrían la competencia sobre la definitiva suerte penal, de cualquier incauto o desprevenido ciudadano, mismo que por disímiles razones o azares de la vida, se ve sometido a la dureza de una investigación penal, que no fue capaz este mismo Estado, sacar triunfante en las reveladas condiciones al expresarse a través de la fiscalía general de la Nación, con su acusación y del mismo apoyo del Juez con función de conocimiento, quien tuitivo del debido proceso y garantías fundamentales abortó la absolución, compartida por el ministerio público, garante de la aplicación del derecho y además veedor de la legalidad probatoria y exigencias suasorias para condenar.

Aquí no se trata de repetir el juicio oral, fruto de la apelación, lo que se impone es hacer un trabajo dialéctico entre los argumentos de impugnación y aquellos vertidos en el fallo absolutorio, pero que sumidos en esa labor observa el Tribunal, que la delegada fiscal, nos trae similares argumentos de su alegato conclusivo y que fueron despachados negativamente por el juez de instancia, entonces, nos preguntamos *¿Dónde está la omisión valorativa del juez, para que pueda apoyarse la tesis de condena acuñada en una prueba de referencia?* Pues, la respuesta sale lógica y respaldada en la filosofía del sistema procesal oral, que no tolera el que pruebas como la de referencia que no ha sufrido la contradicción se constituya en pábulo desmedido e ilegítimo para catapultar a un individuo en los mares de la condena; que desde luego comporta una serie de consecuencias jurídicas, que se hacen imborrables en la memoria histórica de la sociedad y de los mismos entes de control del Estado.

Por eso oportuno se ofrece por la Sala, oxigenar el concepto de prueba de referencia en armonía con el derecho comparado, cuando sobre la pastosa o controvertida razones probatorias de la prueba de referencia hemos considerado que:

Como aquí en Colombia en la legislación de los Estados Unidos, existe una regla general de exclusión de la prueba de referencia y esto es apenas entendible dada la poca fiabilidad que se le asigna a este medio de prueba, por múltiples aspectos que trataremos en un acápite pertinente.

Porque los fundamentos de la regla de exclusión y los peligros o riesgos de la prueba de referencia, se encuentran delimitados en:

“La regla 61 de Evidencia de Puerto Rico – lo mismo que la Regla Federal 802- establece la regla general de exclusión de prueba de referencia. Como veremos, esta regla de exclusión está sujeta a un gran número de excepciones, que serán consideradas a partir de la próxima sección. Ahora interesa considerar los fundamentos de la regla de exclusión. En esencia, se excluye la prueba de referencia por falta de confrontación en corte entre el declarante y la parte contra la que se ofrece la evidencia. De ahí que se admite la evidencia cuando haya confrontación con el declarante en corte, aunque se trate de una declaración anterior, o cuando la declaración constitutiva de prueba de referencia se hiciera sujeta a confrontación o cuando el declarante es la parte contra quien se ofrece la declaración.

Esta confrontación hace falta para atender o disipar los llamados peligros o riesgos de la prueba de referencia, a saber, ambigüedad (en la declaración), sinceridad, percepción y memorial del declarante. El valor inferencial de la prueba de referencia y su cuestionable valor probatorio – fundamento de la regla de exclusión – puede apreciarse mediante el llamado triángulo de prueba de referencia...”²⁵

²⁵ Chiesa. Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II – Editorial Publicaciones JTS. Página 574.

Es importante resaltar que según el Tribunal Supremo de Puerto Rico, no siempre es prueba de referencia lo manifestado por un tercero al testigo o lo que el testigo oyó que un tercero dijo. Para que lo manifestado sea prueba de referencia y por tanto inadmisibles a menos que caiga bajo alguna excepción, la manifestación debe tener algún contenido que pueda ser *cierto o falso* y que dicha manifestación, al ser transmitida al Tribunal por el testigo que la oyó, se produzca para probar que lo manifestado es cierto.²⁶

Entonces, no se trata de prueba de referencia si la declaración: (i) No es una aseveración por no tener un contenido susceptible de ser verdadero o falso; (ii) Se hace en la misma vista en que se ofrece como prueba y (iii) Se ofrece para cualquier otro fin que no sea probar la verdad de lo aseverado.

En conclusión, la prueba de referencia tiene un propósito inescindible con probar la verdad de la aseveración, porque se predica de esta que debe tener una coherencia y pertinencia más allá de alinderarse con la falsedad o la verdad de lo aseverado y ello supone un estudio de admisibilidad que debe contrastarse con las circunstancias y elementos excepcionales que autorizan su incursión en el debate forense. Desde luego que el punto no es el triunfo de su contenido si no el vector que habilita su probable utilidad a la teoría con la cual se mimetiza.

De suerte que la prueba de referencia por regla general no es admisible; no obstante, las Cortes estatales y federales de los Estados Unidos, le dan cabida solo cuando se presentan excepcionales circunstancias que hacen imposible que la persona que observó o percibió directamente por sus sentidos determinados sucesos relevantes para el derecho penal, no pueda concurrir al juicio, activándose su habilitación con unos marcados requisitos; entre otros que sufra la confrontación.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 906 de 2004: Artículos 205, 380, 381, 402, 437 y 438.

FECHA: Septiembre 1 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2010-06822-01/**2014-00141**

DECISIÓN: Confirma sentencia absolutoria.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL-Le impide al Estado proseguir con el proceso penal/**PRECLUSIÓN**-Formas de contabilizar los términos/Oportunidades procesales/ Interrupción cuando hay allanamiento a cargos/**MORA JUDICIAL**-El término razonable para llevar a cabo las diligencias fue superado en exceso

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, la defensa técnica del procesado pretende se revoque la decisión inicial donde la Juez A quo estima que no hay lugar a declarar la preclusión de la acción penal por cuanto el procesado se allano a cargos y está circunstancia impediría acceder a este instituto jurídico.

Extractos: “6.1. De acuerdo con el Acto Legislativo 003 de 2002, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias

²⁶ Ibidem.

fácticas que indiquen la posible existencia de la misma. De igual manera, debe solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6.2. La preclusión de la investigación es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas normativos penales que permite la terminación del proceso sin el agotamiento de todas sus etapas ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.

Por su parte, en la Ley 906 de 2004 están estipuladas las causales para solicitar la preclusión de la investigación penal:

“ARTÍCULO 332. **CAUSALES**. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código.

6.3. Así mismo el régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión. La **primera oportunidad** se presenta (i) durante la investigación, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete causales previstas, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, es la Fiscalía.

La **segunda oportunidad** se presenta (i) durante el juzgamiento, (ii) únicamente con fundamento en dos de las causales, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa. En uno y otro caso, por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, la solicitud debe ser resuelta por el juez de conocimiento.

Así pues, la preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez comprobada la existencia de una de las causales de extinción de la acción penal previstas - entre otros- en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.

Entonces, la preclusión sólo puede ser decretada por el juez de conocimiento a petición, por regla general, de la Fiscalía si acredita en debida forma alguna de las causales citadas *up supra*, o cualquiera de las que dan origen a la extinción de la acción penal consagradas en el artículo 77 del mismo ordenamiento y en normas concordantes.

6.4. En el presente caso, la defensa solicitó la preclusión de la investigación, sustentando la causal primera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, bajo el argumento que hay una imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, por el fenómeno jurídico

de la prescripción consagrado como uno de los institutos de extinción de la acción penal al tenor del artículo 77 *ibídem*.

Tal solicitud fue negada por la Juez de Primera Instancia, bajo el presupuesto que el allanamiento a cargos por parte del imputado interrumpe los términos y que por tanto la acción penal no prescribe.

Sin embargo, la Sala acota que: (i) al procesado le fue formulada imputación el 1° de febrero de 2010 como presunto autor del punible de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, consagrado en el artículo 319-1 del Código Penal; (ii) dicha conducta tiene una pena de 48 a 90 meses, por lo cual, al 1° de julio de 2014, fecha de la audiencia de verificación de allanamiento y donde la defensa invocó la causal de preclusión, habían transcurrido cuatro (4) años y 5 meses, de modo que operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Lo anterior en virtud que de conformidad con el artículo 86 del Código Penal, modificado por el artículo 6° de la Ley 890 del 2004, dicho término se interrumpe con la mencionada formulación de la imputación y, a partir de ese instante procesal, empieza a correr uno nuevo **«por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años», al tenor de lo descrito en el artículo 292 de la Ley 906 del 2004.**

Es así que, desde la imputación corre otro intervalo que no puede ser inferior a 3 años ni superar los 10, espacio de tiempo que se suspende con la emisión de la sentencia de segunda instancia, «el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años».

En este asunto, objetivamente se observa que la imputación por el aludido reato se produjo el 1° de febrero de 2010, lo que significa que el Estado podía proferir sentencia de segunda instancia máximo hasta el 1° de febrero de 2014, esto es, 4 años que corresponden a la mitad de la pena máxima del punible.

No obstante, hasta la presente ni siquiera se ha verificado el allanamiento a cargos, por lo que ha fenecido con suficiencia el término general de prescripción.

Siendo ello así, es claro que agotado el período prescriptivo, el Juzgador está impedido para emitir pronunciamiento alguno dentro de la actuación respecto del punible acusado.

Así pues, esta Corporación se aparta del criterio de la Juzgadora de Primera Instancia, cuando afirmó que la aceptación de cargos no permite la prescripción de la acción penal, toda vez que posterior a la formulación de imputación, el término prescriptivo se interrumpe nuevamente con la sentencia de segunda instancia, en tal sentido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“...Luego si con la formulación de la imputación empieza a correr de nuevo el término de prescripción de la acción penal, el cual se “suspende” únicamente con el proferimiento del fallo de segunda instancia, en este asunto la acción penal se hallaba prescrita cuando se dictó el de primer grado...”²⁷. (Subraya fuera del texto).

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de febrero de 2013, Rad. 38547, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Amén de lo anterior, en virtud que en el presente asunto ni siquiera se ha dictado sentencia de primera instancia y por el contrario ha transcurrido más de la mitad de la pena máxima establecida (90 meses), a la Sala no le queda otro camino que revocar el auto recurrido y en su lugar decretar la preclusión por haber ocurrido una causal que imposibilita proseguir con la acción penal.

6.5. Es pertinente resaltar que en el evento que ocupa la atención de la Colegiatura, se avizora que la audiencia de verificación de allanamiento a cargos no se llevó a cabo durante el transcurso de más de cuatro años por causas imputables a la administración de justicia, pues el Juzgado de Primera Instancia tardó un año y tres meses primeramente, para fijar fecha de la celebración de la mencionada diligencia, la cual en su mayoría de veces no tuvo éxito por excusas presentadas por la Delegada de la Fiscalía en eventos en los cuales “se encontraba en cita médica”, por ejemplo.”

FUENTE NORMATIVA: Acto legislativo No. 003 de 2002, Ley 906 de 2004: Arts. 77 y 332, Código Penal: Arts. 319 numeral 1º y 86.

FECHA: Agosto 27 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00011-P-MC.

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Decreta preclusión solicitada.

NULIDAD DEL ALLANAMIENTO A CARGOS-Posible existencia de vicios del consentimiento (error)/**FALLAS EN LA DEFENSA TÉCNICA**- Se atribuye el al desconocimiento que tenían los procesados frente a la posibilidad de irse a un juicio público, oral y concentrado, que les permitiera demostrar su inocencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, los implicados a través de una nueva defensa técnica solicitan que se declare la nulidad de la audiencia preliminar de formulación de imputación, medida de aseguramiento, o en su defecto se nulite el acto mediante el cual se hizo el allanamiento a cargos por considerar que no estaban asistidos jurídicamente de forma correcta lo cual no les permitió comprender y considerar las mejores posibilidades de su defensa.

Extractos: “En el asunto de marras tenemos que, los procesados fueron vinculados al este trámite en razón a que presuntamente hicieron parte de la estructura y el andamiaje societario con el que se logró el desfalco a la DIAN Barranquilla, durante los años 2009 a 2010, por valor de diecinueve Mil millones de pesos. Indicándose en la imputación que, el señor HECTOR ALEJANDRO QUIROZ GUTIERREZ, “actuó como agente aduanero en Maicao representando a la agencia aduanera FB LOGISTIC, estando facultado y autorizado para acceder al sistema informático e introducir la información aportada por los representantes legales de las empresas FB BUSSINESS, BEAUTY BODY JEANS, FIRST QUALITY, CONFECIOONES GAVAR, DISTRIBUIDORA MEGATRADER, para en virtud de su función pública lograr la expedición del DEX”.

Por otra parte, determinó la Fiscalía que, la señora YANETH ESTELLA CHARRIS RUIZ, esposa del ciudadano HECTOR QUIROZ GUTIERREZ, logró para sí y para otros incremento

patrimonial no justificado producto de otros delitos. Es así como, el 22 de noviembre de 2013, se le formuló imputación al señor HECTOR ALEJANDRO QUIROZ GUTIERREZ, como autor del delito de concierto para delinquir, falsedad en documento público en la modalidad de ideológica, y enriquecimiento ilícito de particulares igualmente en calidad de autor; y a la señora YANETH ESTELLA CHARRIS RUIZ, se le imputó el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en calidad de autora. De tal forma que, los encartados decidieron aceptar cargos a cambio de una reducción de hasta la mitad de la pena imponible, siendo previamente instruido por el Juez de control de garantías, como por el propio fiscal, y su defensor.

Escuchados detenidamente los audios, sin lugar a equívocos resulta dable afirmar que, la labor por parte del ente acusador, estuvo enmarcada dentro de los parámetros legales, siendo más que claro al momento de la imputación de las conductas punibles endilgadas a los procesados, efectuando inclusive la imputación fáctica y posteriormente la imputación jurídica a cada uno de los encartados, a quienes se le indicó el grado de autoría o participación, y la posible pena a imponerse en caso de allanarse a los cargos en esa instancia procesal.

Sin embargo, lo aquí cuestionado no es la labor adelantada por la Fiscalía o el Juez de Control de Garantías que presidió las audiencias, pues de los audios allegados no se desprende cosa distinta a una efectiva imputación a cargos y una imposición de medida de aseguramiento razonablemente sustentada, que atendieron las circunstancias fácticas y jurídicas que envolvieron la actuación; lo que aquí se cuestiona es precisamente el roll desempeñado por el defensor, y del cual la nueva defensa y los mismos encartados recriminan su eficacia e idoneidad, pues fue aparentemente bajo la asesoría y consejo del mismo, fue que los procesados optaron por la aceptación de cargos, sin tener claridad sobre las distintas posibilidades que tenían a su favor para demostrar o no su inocencia.

Ahora bien, en el caso concreto no se vislumbra fuerza o violencia sea física o psicológica que permita inferir que el consentimiento dado por los encartados fue producto del miedo o temor que pudiere haberle infundido la Fiscalía, la defensa o cualquier otro individuo interesado en la aceptación de cargos, ello no se demostró dentro de las lides de esta actuación, así como tampoco logró advertirse la existencia de dolo que conllevara a los encartados a actuar aceptando los cargos formulados por la Fiscalía bajo artificios o engaños.

No obstante, frente al último requisito que vicia el consentimiento, esto es, el error, habrá de profundizar más detenidamente, pues aunque para la Sala no hay lugar a equívocos que de la explicación elevada por la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías frente a la comisión de los ilícitos y su pretendible aceptación, no se desprendería cosa distinta a una sentencia condenatoria, si considerase que se configuró esa falta de representación mental de los sujetos con la realidad jurídica que estaban viviendo, muy a pesar de que efectivamente pudieron comprender de los delitos que se le estaban imputando, y lo que acarrearía la aceptación a cargos, es decir, la consecuente sentencia condenatoria, no podemos afirmar categóricamente lo mismo, si entendieron la circunstancia de renunciar al derecho de defensa y a la no obtención posible de ningún otro beneficio, tal como prisión domiciliaria, por alguna de las afirmaciones que aparecen en el documento que ahora se le atribuye al Dr. RIPOLL GRANADOS.

En ese sentido, en este momento tampoco puede afirmarse categóricamente que hubiere existido desde ya error que viciara el consentimiento de los señores HÉCTOR QUIROZ

GUTIÉRREZ y YANETH CHARRIS RUÍZ, pues es claro que ellos habrían podido entender, dado su inteligencia y su calidad de profesionales en distintas ramas u oficios, que ellos obtendrían una sentencia condenatoria, aquí lo que podría augurarse o calcularse tentativamente, es si se tuvo o no un conocimiento equívoco de la naturaleza, el trámite o características del proceso penal que se adelantaba en su contra, de sus derechos, ventajas o desventajas, con lo que podría si no quebrantarse la prerrogativa fundamental al debido proceso, si verse afectada la pureza y diafanidad de la manifestación de la aceptación de los cargos en la forma en que se hizo, pero este tema se retomará más adelante.

Como quiera que esta Judicatura estima la existencia la necesidad de profundizar sobre la prerrogativa fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, será menester afirmar que al mismo, *“lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan **hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia**”*.²⁸ El debido proceso, en sentido abstracto, ha sido entendido como el derecho que tienen las partes de ***hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, para efecto de hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo***. Así, el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por este conjunto de garantías y facultades, las cuales, a su vez, están establecidos en función de los derechos, valores e intereses que estén en juego en el procedimiento, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁹.

Aquí por tanto, se hace menester distinguir dos cosas que se presentan indistintamente; la primera es la pretensión de nulidad en la que se puede advertir según la argumentación anterior, que evidentemente el Juzgado puede tener razón, en cuanto a que, ni la legalización de captura que tuvo ocurrencia por orden judicial se encuentra realmente afectada o viciada, puesto que ella responde a los cánones mínimos de legalidad, y finalmente siendo convalidada por un Juez de control que actúa básicamente en sede de constitucionalidad, no vemos como ese acto pudiere aparecer hoy como afectación al debido proceso, siendo que su ritualidad se adecuó el mínimo necesario; es más sobre ese aspecto la Corte ha dicho que los vicios en el trámite de legalización de captura o en la captura misma, generan es el derecho al recobramiento de la libertad y nunca la invalidez del trámite.

De manera similar puede decirse de la imputación de cargos que aquí se desarrolló, puesto que la misma comprende una competencia exclusiva y excluyente de la Fiscalía como acto de comunicación, que ha sido definido así por la Ley e interpretado por las altas Cortes, en ese mismo orden, el cual el ente acusador monopoliza sistemáticamente por virtud de la Ley, y que aquí se surtió, no vislumbrándose como pueda verse afectado en el debido proceso o en el derecho de defensa, puesto que de cualquier manera los cargos fueron debidamente comunicados, inclusive en exceso, dentro de las formalidades del caso. De forma tal que allí no habría ningún tipo de nulidad, máxime que de disponerse la repetición de la misma, se desarrollaría inequívocamente igual, pues nada que hacer, este estanco procesal es de Ley, y se desarrolla tal como se ha descrito en el presente asunto.

²⁸ Sentencia T-001 del 12 de enero de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

²⁹ Cfr. Sentencia T-546 del 15 de mayo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Finalmente, la Sala no encuentra como, y no hay un ataque de parte del defensor, en el sentido que con la medida de aseguramiento impuesta, o en su desarrollo, que ya no aparece tan vigente, se hubiere viciado la actuación de nulidad, puesto que la misma contó con los presupuestos legales del caso y se desarrolló dentro de las formalidades de Ley, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

De otro lado, debemos insistir en que otro análisis merece la presunta aceptación de cargos que aquí opera, que ha sido materia de debate de esta Sala desde la anterior decisión y en la que ahora corresponde, en el entendido de que allí pudieron haberse anidado cuestiones irregulares que debería ser en principio, materia de debate, y probablemente o no de reparo.

Así es que, el Juzgado particularmente hace alusión a que la defensa o los sujetos procesales imputados, pretenden disfrazar una retractación, cuando según estima esta Sala, la misma no se haya ninguna necesidad de disfrazarla, pues es una opción que el legislador le otorga al imputado, previo requisito para acceder a ella.

En este sentido, el artículo 293 del C.P.P, en su novedosa redacción, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011. Señala:

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

De la norma se desprende como lo ha enseñado la Honorable Corte suprema de Justicia, que la retractación debe estar revestida de un vicio en el consentimiento en uno de los casos, o de una violación de garantías fundamentales, aquí como viene explicado, aquí pudiera ser, que se ha dado lugar a ambas situaciones, por cuanto ciertamente los afectados o imputados pudieron no haber entendido, y no tener presente básicamente lo que significa renunciar al derecho de defensa, al principio de contradicción y al acceso a un Justo Juicio Público.

(...)

Nótese que la aceptación de cargos, no es procedente únicamente en la diligencia de imputación, sino que el ordenamiento jurídico penal ofrece tres o cuatro momentos procesales para la aceptación de los mismos, previstos en los artículos además del 293, el 352 del C.P.P, dentro de la formulación de acusación, que comporta una rebaja hasta de una tercera (1/3) parte de la pena; así mismo, en el artículo 356 del C.P.P., esto es, dentro de la diligencia de audiencia preparatoria, en donde también se puede otorgar una rebaja hasta de una tercera parte (1/3), y finalmente en el artículo 367 C.P.P., inciso segundo, en donde la Ley le otorga una rebaja hasta de una sexta parte (1/6), durante el inicio del juicio oral, es decir, los beneficios por aceptación de cargos son inversamente proporcionales al desarrollo o avance del proceso, lo que indica que, a mayor avance del proceso menor será la rebaja o beneficio que tenga el procesado por aceptación.

Al Juez no le está permitido pronosticar que los procesados y la fiscalía no podrían realizar preacuerdos en este asunto, con razón a la necesidad de devolución de bienes o dineros producto del delito, puesto que ello estaría reservado para aquellos delitos donde se demuestre que ha existido detrimento patrimonial sea del estado o particulares, pero si hondare en esta materia, puesto que ello también es posible, igualmente sería competencia excluyente de la Fiscalía que es el ente encargado por política criminal la de fijar los límites

y alcances de cualquier acuerdo inter partes, tal como se contempla en el artículo 348 del C.P.P, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 348. FINALIDADES. *Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.*

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”³⁰.

(...)

Aquí las consecuencias procesales para la generalidad de los procesados, diez en total según se sabe, han sido de corte similar independientemente de los que hubieren aceptado cargos o de los que no lo hubieren hecho, en el sentido es que el proceso ha ido avanzando según la inercia del mismo, es decir, para los que se allanaron, agotadas las audiencias preliminares la Fiscalía procedió a impulsar y solicitar la consecuente y correspondiente audiencia de aprobación del allanamiento o aceptación de cargos, acorde con lo dispuesto por la Ley en ese sentido, el 293 y demás concordantes de la Ley 906; debemos suponerse entonces, que habrá de proceder o probablemente ya se hubiere procedido a elevar la acusación en contra de quien o quienes no hubieren aceptado cargos. Pero insistiéndose en que el punto de discusión es si las falencias o falta de preparación profesional en el sistema acusatorio penal por parte del Dr. ANTONIO RIPOLL GRANADOS, son generadoras de nulidad, la Sala debe advertir y recalcar que no, por cuanto el profesional del derecho no hizo cosa diferente a lo que la Ley más o menos permite en estos estancos judiciales o procesales. Recuérdese que una actitud pasiva, también puede ser una estrategia defensiva, hasta tanto no se demuestre lo contrario, máxime cuando se estaba ante las etapas iniciales del proceso. Al respecto ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia:

“El ejercicio de la defensa técnica, pues, no se define por la cantidad de actuaciones. Por eso, la Sala es también del criterio que el ejercicio real y eficaz de este derecho no se satisface únicamente con actos positivos como solicitar pruebas, contrainterrogar testigos, interponer recursos, presentar alegaciones, etc., como parecen entenderlo demandante y Ministerio Público. La defensa técnica es mucho más que eso, puede ser acción y también omisión, pero ante todo es ubicar al sindicado en un plano de igualdad – jurídica- con el aparato del Estado que ejerce el poder punitivo, permitiéndole que cuente con el consejo sabio y oportuno de una persona dotada de conocimientos científicos que se encuentre en condiciones de afrontar las actuaciones y las decisiones de un funcionario judicial, esto es, de alguien también docto en estas ciencias, investido, además, de autoridad para investigar los delitos, establecer sus circunstancias, determinar a sus autores y precisar sus consecuencias.

Por eso, independientemente de la forma como el abogado se hace parte en un proceso en calidad de defensor, esto es, bien sea de oficio, a través de la defensoría pública o contratado por el sindicado, su obligación es idéntica y el derecho a la defensa solo se entiende garantizado en la medida en que gestione diligencias que emerjan de las circunstancias propias de la actuación para contrarrestar la imputación, pero cuando no es así, el atento y prudente silencio constituye también una acertada forma de encarar el ejercicio del poder punitivo.

En este sentido, un reproche de esta naturaleza, ha dicho la Corte, requiere del demandante la obligación de demostrar, de un lado que la ausencia de actividad del abogado no responde a una táctica en la que se buscaba que el Estado asumiera toda la carga de la prueba a fin de beneficiarse de los vacíos y dudas que de esa labor pudieran aparecer, sino que además, es necesario acreditar la procedencia de las actuaciones de la defensa que se echan de menos y que de haberse llevado a cabo habrían podido variar el rumbo de la investigación y el resultado final.

³⁰ Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

En este asunto, de manera genérica el defensor y el Procurador aluden a la no práctica de pruebas, no conainterrogatorio de los testigos de cargo, no interposición de recursos y no presentación de alegaciones de conclusión, pero no especifican cuál actividad es la que se imponía en cada caso y de dónde su importancia³¹”.

En efecto hoy día, todos los operadores del sistema oral penal acusatorio somos aprendices del mismo si se quiere, puesto que se trata de un sistema virtualmente novedoso, con cambios de fondo y que se encuentra en construcción jurídica y jurisprudencial, de manera que, tanto los funcionarios como los servidores públicos de la Fiscalía, defensoría, y los abogados particulares, nos encontramos casi todos en su mayoría aprendiendo el sistema desde el punto de vista teórico y con las experiencias prácticas que nos permite el ejercicio de la profesión desde los distintos ámbitos de la misma, empero el sistema como concentra la práctica y contradicción de la prueba, así como el ejercicio del derecho de defensa, sobre todo en la etapa del juicio, son pocos los espacios reales que se ofrecen para el desempeño de la misma al inicio del proceso, sin negar por su puesto la existencia del derecho al uso de la palabra, y en veces a oponerse a determinadas decisiones judiciales, tales como la medida de aseguramiento, o la legalización de la captura, inclusive a impugnarlas cuando no le son favorables, pero el hecho de que la defensa de turno en un momento dado no hubiere optado por estas posibilidades no implica que esas diligencias resulten nulas o invalidables por sí misma, pues ese derecho a oponerse tampoco les fue conculcado por los funcionarios o autoridades que aquí han venido actuando, y como si ello fuera poco, el memorial arrimado no significa que el Dr. RIPOLL GRANADOS, no pudiera haberlo hecho.
(...)

Luego entonces, cabe la pregunta:

¿Aceptaron cargos los imputados, solo porque fueron engañados o se les prometió prisión domiciliaria para el cumplimiento de la sanción?

Este punto tendría que haber sido materia de debate, la Sala cree que el Juez lo cercenó o castró por anticipado, y con esto no se quiere decir desde ya, ni mucho menos que la situación deba considerarse como cierta *a priori*, tampoco podemos prejuzgar en contra de la Fiscalía, en contra del primer defensor ni en contra del Juez de control de garantías, como tampoco apriorísticamente en pretendido favor de los procesados, lo que se ha venido sosteniéndose inclusive a través de la primera ponencia es que, debe concedérseles el derecho mínimo preguntándoseles siquiera si es su deseo retractarse, y cuáles son los motivos para ello, luego, consecuentemente proceder a analizar si los procesados o imputados tienen razones valederas y elementos de sustentación para demostrar que efectivamente su consentimiento fue producto de un vicio o que se violaron sus garantías fundamentales.

(...)
Con base en este panorama, el mérito de prosperidad que le asiste a las pretensiones de la nueva bancada defensiva se circunscribe en el hecho de la percepción equivocada de los señores HÉCTOR QUIROZ GUTIÉRREZ y YANETH CHARRIS RUÍZ, no en cuanto a que si aceptaban cargos se le reduciría la pena a imponer, sino al **desconocimiento que tenían frente a la posibilidad de irse a un juicio público, oral y concentrado, que les permitiera demostrar su inocencia**, es decir, no entendieron con claridad la renuncia a

³¹ CSJ, 16460, M.P., Carlos Augusto Gálvez Argote, Junio 19 de 2003.

su derecho de defenderse, o de otro lado, si es cierto que se les hizo creer que inequívocamente serían beneficiarios de la prisión domiciliaria al aceptar automáticamente los cargos, ello estaría por debatir en caso de ser planteado.

(...)

Refulge válido por tanto, que si bien la retractación al acto procesal del allanamiento a cargos no puede ser entendida “como la simple voluntad del procesado de deshacer su asentimiento frente a la imputación o acusación dependiendo el momento en el que así lo manifieste”, sino que deben materializarse irregularidades de índole sustancial, derivadas de vicios del consentimiento o vulneración de derechos, para la Judicatura aparece en ciernes la necesidad de dirimir si existió error o confusión en cuanto a la realidad del futuro jurídico inmediato de los encartados y de los que se desprendería violación a las garantías fundamentales de los mismos, como el derecho a la presunción de inocencia, a ejercer el derecho a la defensa, a no autoincriminarse, a tener un Juicio Público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, con inmediación de las prueba, eso sí llegasen a manifestar ese deseo y comprueban por ejemplo, el porqué del vicio del consentimiento

Bajo este entendido, estima la Sala, deberá confirmarse la decisión del Juez de Primera instancia en forma parcial, es decir, **aceptarse la inexistencia de la nulidad**, y en ese orden de ideas, la decisión que dispone no decretarla, pero revocarse parcialmente el proveído en sus partes motivas y resolutivas por medio de la cual se aprueba la aceptación de los cargos, y en ese sentido **ordenar al Juzgado repetir esa parte de la diligencia otorgándosele el uso de la palabra a los procesados para que manifiesten con claridad si es o no su deseo de retratarse y las razones por medio de las cuales han decidido hacerlo a esta altura del debate procesal.**

En todo caso, se ignoró el ámbito de la aceptación de cargos dentro del presente asunto, la cual pone de presente la necesidad absoluta de verificar el entendimiento y la comprensión que debe recaer sobre el imputado en punto de su consecuencia, cuando los acepta y renuncia al juicio oral, y en efecto este aspecto no se ha cubierto aquí en forma cabal, resultando admisible por tanto la confirmación de manera parcial la decisión del JUZGADO ÚNICO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, y modificar lo atinente a la aprobación que desde ya se hiciera sobre la aceptación de cargos, es decir, se deberá disponer la repetición de la diligencia en comento, por lo menos en parte, otorgándoseles a los procesados el **derecho de manifestar si era su deseo o no de retractarse**, y las razones por las cuales optarían por la retractación, por supuesto, esta situación obliga a que exista un nuevo pronunciamiento por parte del Juzgado, que estará sujeto también a la doble instancia, pues las partes, perfectamente lo pueden impugnar sea cual sea la decisión, sino la llegaren a compartir.

Recapitulando tenemos que, a pesar de que se coincide con la providencia primigenia en que no existe una nulidad integral, el Juzgado inopinadamente **no permitió la manifestación sobre su derecho a retractarse o no en forma expresa de parte de los procesados**, y en su defecto la cercenó de antemano, porque es que casualmente fue el Juzgado el que trajo a colación en tema de la retractación, para sostener que se la estaban disfrazando, y esa tampoco es una actitud plausible de parte de un operador judicial de la categoría que representa un Juez del circuito especializado. En relación con el derecho que da causa a la retractación, al plantearse los motivos la exigencia de la comprobación no puede ser anterior, ni a priori, sino que ellos están en su derecho de manifestar que se pretenden retractar y por qué, como se dijo anteriormente en este tema la norma privilegia, la manifestación de voluntad del sujeto procesal o parte denominado procesado o

imputado, y no de su defensa técnica, es decir, en que era necesario permitir esa manifestación en forma mucho más clara y expresa, para que pudiera debatirse su procedencia o no dentro del contexto del parágrafo del artículo 293, que viene plurimentado.

Como quiera que no se salvaguardó a juicio de esta Sala, el derecho efectivo a la no autoincriminación y consecuentemente la garantía a la presunción de inocencia, y al derecho de defensa, fácil resulta afirmar que con ocasión a ello, no se permitió a los señores HECTOR QUIROZ GUTIERREZ y YANETH CHARRIS RUIZ, tener acceso a una verdadera administración de justicia imparcial, y consecuentemente controvertir las pruebas que se encuentran en poder de la Fiscalía, en el respectivo Juicio oral, que solo termina con la sentencia de fondo, pero que se encuentra siempre latente en desarrollo del trámite.

Así entonces, en virtud del principio de presunción de inocencia, es el Estado quien debería haber probado no solo la existencia del hecho punible sino la responsabilidad de los encartados, quienes con base en una información errónea del procedimiento a seguir por de pronto, en la causa adelantada en su contra, pudieron haber dado su consentimiento viciado por el error en cuanto a la concepción de la realidad jurídica que los aquejaba, es decir, los procesados aceptaron su responsabilidad como consecuencia de la idea equívoca de no tener otro camino jurídico que el allanamiento para salvaguardar siquiera mínimamente una imposición de una sanción penal con menores repercusiones, sin comprender que estaban facultados para no renunciar a su presunción de inocencia, y por consiguiente asumir una efectiva defensa en un Juicio Público, oral y concentrado, o bajo la promesa engañosa de prisión domiciliaria”.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Jorge Eliécer Mola Capera. A continuación los principales argumentos de disenso:

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

En estas condiciones es evidente que existe una nulidad por violación a garantías fundamentales del parágrafo del artículo 293 y 457 de la Ley 906 de 2004, ya que el abogado José Antonio Ripoll Granados, no era idóneo para asesorar a sus clientes, es decir, no tenía el conocimiento suficiente ni la experiencia en asuntos del Sistema Penal Acusatorio y por lo tanto, en ese instante, no percibió adecuadamente que los imputados podían irse a un juicio oral y tratar de demostrar su inocencia en los cargos que le hace la Fiscalía

y consideró que el allanamiento a la imputación era la mejor estrategia defensiva, como por salir del paso o situación en la que se encontraba, no valoró las pruebas a favor de sus defendidos, no vio otra salida al allanamiento y precisamente allí es donde radica la falta de una verdadera defensa técnica en igualdad de condiciones o de armas con el Fiscal Delegado, por consiguiente, la igualdad de armas se frustró en esa actuación.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

“...4.1. En efecto, de la simple lectura de la providencia en comento, al resumirse los fundamentos de la impugnación³², se observa que estos giraban en torno a que se dejara sin efecto las audiencias de legalización de captura, audiencia de formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento, al estimar que dichos actos vulneraron los derechos de defensa y debido proceso de los implicados.

(...)

4.3. Lo expuesto, sin duda alguna permite señalar que el Tribunal sorprendió tanto a la defensa como a la Fiscalía e intervinientes con su decisión, porque cuando se esperaba un pronunciamiento en torno de la nulidad de la actuación, resolvió un asunto no deprecado y ajeno a la sustentación de la alzada, **proceder que para la Sala trasgrede el debido proceso si en cuenta se tiene que las consecuencias en una u otra decisión son distintas, puesto que de prosperar aquella, indudablemente surge la posibilidad para los encartados de volver a intentar un allanamiento a cargos, procedimiento no viable con la aceptación de retractación si se tiene en cuenta que la determinación adoptada por el ad quem se concretó en ordenar a la Fiscalía presentar lo más pronto posible el escrito de acusación, si a ello hubiere lugar...**³³.

Esta Colegiatura no decretó la nulidad solicitada anteriormente en virtud que creyó que aplicando el principio que rigen las nulidades, esto es, el principio de residualidad que establece que solo puede decretarse la nulidad cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial³⁴, y esa salida jurídica nos pareció conveniente para no entrar afectar el proceso con nuestra actuación, en el sentido que se dejaba con valor las audiencias preliminares con vinculación de los procesados y pendiente el escrito de acusación de existir mérito para ello, sin embargo, esa decisión violó derechos fundamentales de los inculcados y por eso, para mantener nuestro criterio, no queda otra alternativa que decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación en adelante.”

³² Folio 43

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Fallo de tutela del 21 de agosto de 2014.

³⁴ Artículo 310 Ley 600 de 2000.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 29 Constitución Política, Artículos 293, 352, 356, 367, 348 del Código de Procedimiento Penal.

FECHA: Septiembre 26 de 2014

RADICACIÓN: 11 01 60 00096 2011 00095 01/ **2014-00087-P-CR**

DECISIÓN: Confirma parcialmente decisión de primera instancia. Se ordena hacer nuevamente la diligencia de aprobación de aceptación de cargos

ACCIONES CONSTITUCIONALES

PENSION DE VEJEZ- Tope de los 25 salarios mínimos señalados por la sentencia de la corte constitucional/**FRAUDE A LA LEY-**Debe evidenciarse en el acto de reliquidación pensional efectuado en cabeza del actor

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia la protección que en sede de tutela solicita una persona que antes de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional devengaba una pensión por encima del tope de los 25 salarios mínimos mensuales fijados en la providencia citada, por ende, pretende se ampare sus derechos adquiridos a esta prestación económica.

Extractos: “Ahora bien, para reconocer las situaciones fácticas en las que se debe encontrar quien aspire a que la acción de tutela proceda en lo relacionado con una solicitud de pensión, debe observarse, en primer lugar, que usualmente las personas que la reclaman son de avanzada edad que, por ende, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

Sin embargo, ha de demostrarse que el perjuicio afecta o coloca en inminente y grave riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social y el mínimo vital, a tal punto que la insuperada demora de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo deprecado, conllevando que la acción de tutela desplace el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz, en tal medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor³⁵.

Así pues, la acción de tutela resulta procedente siempre que se demuestre la ineficiencia de dichos medios ordinarios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, para lo cual debe valorarse cada caso en particular, dando un tratamiento especial a los sujetos de especial protección constitucional, debido a que para ellos se exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto³⁶.

Igualmente, en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aun cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital,

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-268 de abril 12 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-422 de junio 26 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-180 de marzo 19 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados.

5.2. Asunto previo

La Corte Constitucional en sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013, determinó que las pensiones *no podían pasar el límite de los 25 SMLM*, a partir del 1° de julio de 2013, y diferenció las siguientes circunstancias: (i) pensión obtenida con fraude a la Ley; (ii) pensión obtenida con abuso del derecho y (iii) pensión adquirida con una interpretación razonable sobre el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición, o la aplicación de un régimen especial frente a uno general.

Como la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, diferenció las pensiones obtenidas con abuso del derecho o fraude a la Ley y aquellas que se basaban en un argumento razonable sobre el Régimen aplicable:

Abuso del derecho y fraude a la Ley

“...Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación. Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

En estos eventos, los incrementos significativos de los ingresos del servidor en sus últimos años de servicios –incremento que escapa el sendero ordinario de su carrera salarial– conducen a una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral y que, por tanto, imponen al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida.

(...)

En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto **se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico.** La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema”³⁷.

Es de notoriedad que éste párrafo hace referencia al carrusel de pensiones que fueron concedidas a aquellos funcionarios vinculados al Consejo Superior de la Judicatura por tres o cuatro meses para así adquirir una pensión alta, a pesar de que en sus empleos

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 de 2013.

anteriores venían con unos sueldos bajos, por tal motivo, la Corte Constitucional estableció la sub regla que esas pensiones, mediante un acto administrativo, expedido por las entidades administradoras, podían reliquidar o bajar la pensión que sobrepasara el tope de los 25 SMLM.

Sin embargo, la Corte Constitucional se refirió a este punto de la proporcionalidad a las pensiones que fueron adquiridas con abuso del derecho o fraude a la Ley y al respecto expuso:

“...Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación. Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

En estos eventos, los incrementos significativos de los ingresos del servidor en sus últimos años de servicios –incremento que escapa el sendero ordinario de su carrera salarial– conducen a una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral y que, por tanto, imponen al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida...”³⁸.

En la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional, sobre este punto expuso:

“...Cabe señalar que la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 fue condicionada en la Sentencia C-835 de 2003. Allí se dijo que para proceder a esta revocatoria se requería: **(i)** el respeto pleno del debido proceso, **(ii)** mientras se adelanta el procedimiento administrativo no es posible suspender el pago de la pensión, **(iii)** corresponde a la administración desvirtuar la presunción de inocencia del pensionado y **(iv)** para proceder a la revocatoria se requiere que se encuentre demostrada la ilegalidad. Es decir, tal y como lo dispuso la Sentencia C-835 de 2003 cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular...”.

Hasta este momento no se conoce que esos fallos de tutela de la Corte Constitucional hayan sido desconocidos por las entidades que tienen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o inclusive, que la Corte Constitucional las haya revocado y lo único que se conoce es que a través de la sentencia C-258 de 2013, se puso un tope a las pensiones de veinticinco salarios mínimos, pero, aquellos que sobrepasaran ese límite debía la entidad mediante acto administrativo reliquidarlos o rebajarlos a 25 SMLM, cuando el derecho hubiese sido reconocido con abuso del derecho o fraude a la Ley, pero cuando la interpretación era razonable sobre el Régimen Jurídico aplicable, la Administradora de Pensiones debía acudir a la jurisdicción respetando el debido proceso, por consiguiente, llegamos a la conclusión que esa interpretación que hizo la Corte Constitucional, en

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 de 2013.

sentencia de constitucionalidad y en sentencias de tutelas es una interpretación razonable sobre el Régimen aplicable, en igual sentido la interpretación del Consejo de Estado, sobre ese punto y en ese contexto, las Administradoras de régimen de Pensiones no pueden desconocerlas y lo único que le es permitido es rebajarla a 25 SMLM y si quieren liquidarlas en armonía con la Ley 100 de 1993, debe acudir a la jurisdicción.

Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de tutela del 26 de febrero de 2014, citando la sentencia C-258 de 2013, expresó:

“...Pese a ello dicho pronunciamiento diferenció a quienes les cabía la emisión del acto administrativo, como ya se dijo, las pensiones reconocidas con abuso del derecho o con fraude a la ley, e impuso su revisión por parte de los representantes legales de las instituciones de seguridad competentes, teniendo como plazo final el 31 de diciembre de 2013.

(...)

Al referirse a las pensiones reconocidas sin abuso del derecho, ni fraude a la ley distinguió a partir del principio de confianza legítima y de buena fe que en tales circunstancias las mesadas debían ajustarse **“sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso** hasta bajar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tope pensional que fue dispuesto por el Constituyente como razonable. Es decir no se trata de una reliquidación sino de un ajuste hacia el futuro” (subrayas y énfasis del texto)

(...)

En cuanto a los efectos de la presente providencia en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad a su expedición, la Corte ha considerado pertinente realizar ciertas diferenciaciones:

1. Es posible que algunas pensiones hayan sido reconocidas con fundamento en el artículo 17 demandado sin abuso del derecho y sin fraude a la ley, y además, el beneficiario se encontraba en el régimen especial al 1 de abril de 1994, en los términos señalados en la presente providencia.

En este caso, las mesadas de tales pensiones han sido ajustadas al criterio de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En aquellos eventos, disminuir aún más las mesadas procediendo a reliquidar todas las pensiones de manera retroactiva desconocería derechos adquiridos y atentaría contra el principio de confianza legítima de quienes accedieron a la pensión de buena fe, como titulares del derecho o por vía de una sustitución pensional. Además, sería inadmisibles una reducción excesivamente desproporcionada de estas pensiones porque ello sería contrario, no solo a las razones que justifican esta providencia, sino al derecho al mínimo vital y a la especial protección debida a las personas de la tercera edad, para quienes es imposible reiniciar su actividad laboral para suplir el impacto que tendría una reducción excesiva de su pensión...” (Subraya fuera del texto).

5.3. Del caso concreto

En el evento que suscita la atención de esta Sala, al actor Adalberto Mercado Gutiérrez, luego que le fue reconocida su pensión de jubilación como ex Diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico, la entidad accionada mediante Resolución 00025 de 2010 le había reconocido la reliquidación de su pensión quedándole una mesada para el año 2010 de \$19.907.415, empero, posteriormente la Secretaría del Departamento del Atlántico de forma automática disminuyó la pensión del accionante, bajo el presupuesto de acogerse a lo contemplado en la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, la Colegiatura observa una flagrante vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que para que la entidad demandada estuviera facultada para reliquidar de manera autónoma la pensión del actor y de esta manera fijarla sin que sobrepasara los 25 S.M.L.M, debía argumentar que había sido obtenida con fraude a la ley o abuso del derecho, sin embargo, nada al respecto acotó.

Así pues, la Colegiatura infiere del paginario que el accionante prestó sus servicios por más de veinte años en el Departamento Administrativo de Salud del Atlántico, la Contraloría Distrital, el Ministerio de Transporte y la Asamblea Departamental del Atlántico.

En virtud de lo anterior, si de lo que se trata es una interpretación razonable sobre el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición, o la aplicación de un régimen especial frente a uno general, es menester que la entidad acuda a la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de disminuir la pensión del accionante y no automáticamente como lo realizó.

Según lo acotado, la sala Mayoritaria encuentra que la Secretaría Departamental del Atlántico, al disminuir la pensión del señor Adalberto Mercado Morales sin cumplir lo dispuesto con el ordenamiento jurídico, esto es, sin agotar los trámites judiciales previstos para el efecto, trasgredió los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y vida digna del actor.

Tampoco comulga la sala con el criterio expuesto por el *a quo* al sostener que debe ser el peticionario quien acuda a la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, toda vez que es la entidad demandada quien debe acudir a los medios judiciales a efectos de disminuir la pensión de jubilación del accionante.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencia C-258 de 2014, Corte Suprema De Justicia, Sala Laboral: Fallo de Tutela de 26 de Febrero de 2014.

ACCIONANTE: Adalberto Mercado Morales

ACCIONADO: Secretaria General Del Departamento Del Atlántico

FECHA: Septiembre 2 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00247

DECISIÓN: Revoca el fallo impugnado. Ordena al accionado realice los trámites para seguir cancelando pensión al accionante, hasta que decida la jurisdicción contenciosa administrativa.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA