

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Octubre 2013

Número 18

Nuevamente nos complace hacer entrega de nuestro órgano informativo esperando que sea del agrado y utilidad de todos los empleados y funcionarios judiciales de nuestro Distrito Judicial.

Asimismo, nos complace su lectura por parte de los abogados litigantes y estudiantes de Derecho que nos siguen a través de la página web de la Rama Judicial, en el link asignado al Tribunal Superior de Barranquilla.

Esperamos que esta labor sea fructífera para toda la comunidad jurídica de nuestro Departamento y que cada día logre alcanzar mayor difusión, entre sus destinatarios primarios.

Recordemos que las tendencias jurídicas actuales nos enseñan que nuestro Derecho se agota en la ley, sino que el concepto de norma jurídica, trasciende al precedente judicial no sólo de las Altas Cortes sino de los órganos de cierre a nivel local, de allí la importancia de esta actividad que esperamos satisfaga sus expectativas.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 18 - OCTUBRE 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

PAGOS POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA- Cuando se utiliza para la prestación del servicio de telefonía básica local/Procedencia/Deber legal/**POSTES O DUCTOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA-**En el presente caso fueron utilizados de manera simultáneo para la utilización de telefonía local y transmisión de energía/**DICTAMEN PERICIAL-**Sus conclusiones no fueron soportadas en elementos de juicio técnicos, científicos y racionales.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa fáctica: En el presente caso, se discute la obligación de pagar unas sumas de dinero a cargo de las empresas de telefonía básica local por el alegado uso de las redes de infraestructura eléctrica de propiedad de la demandante. Señala la demandada que las normas legales aplicadas por la A Quo para soportar su decisión no contienen una real obligación que genere tales prestaciones, luego de su proceso de liquidación.

Extractos: “A fin de, en primer lugar, entrar a establecer si existe una norma legal que imponga a la sociedad demandada la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla S.A ESP, el tener que pagar a los “propietarios o usufructuarios” de los postes de la infraestructura eléctrica de Barranquilla y su área metropolitana por haber utilizados estos postes para soportar el tendido de cables a través de los cuales prestaba el servicio domiciliario de telefonía fija, liquidados de acuerdo a los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (especialmente su Resolución 532 de agosto 20 de 2002), cual es el sustento específico de la suma de dinero señalada en el numeral 3° de la sentencia recurrida, debe procederse al estudio de esa normatividad.

Señala la A Quo, los artículos 13, 14 y 15 de la ley 680 de 2001 ((agosto 8) Diario Oficial 44.516, de 11 de agosto de 2001), los cuales en lo pertinente ^{véase nota1} señalan:

ARTÍCULO 13. Con el fin de facilitar la prestación del servicio público de televisión, las empresas o los propietarios de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios, deberán permitir el uso de su infraestructura correspondiente a postes y ductos siempre y cuando se tenga la disponibilidad correspondiente, sea técnicamente viable y exista previo acuerdo entre las partes sobre la contraprestación económica y condiciones de uso. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o la Comisión de Regulación de Energía y Gas según el caso regulará la materia. Las Comisiones

¹ El artículo 14 “Los canales regionales en los cuales tengan participación el Estado podrán realizar convenios con el Congreso de Colombia para la divulgación en directo y pregrabados del trabajo de sus Comisiones Constitucionales y sus Sesiones Plenarias”; nada tiene que ver con el presente litigio.

regulatorias en un término de tres meses definirán una metodología objetiva que determine el precio teniendo como, criterio fundamental el costo final del servicio al usuario. (Subrayas de esta Corporación)

El espacio público para la construcción de infraestructura se sujetará al Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio o distrito.

ARTÍCULO 15. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias en especial los artículos 44 y 46 de la Ley 14 de 1991; 33 y 34 de la Ley 182 de 1995.

Por lo que debe afirmarse que al hacer esta ley 680 de 2001 referencia al Servicio de Televisión y no al servicio telefónico domiciliario que era el objeto social de la demandada, y adicionalmente al entrar en vigencia el 11 de agosto de 2001, no puede ser aplicada al presente caso y menos con un efecto retroactivo a los años anteriores a su promulgación, a partir de agosto 4 de 1998:

También se cita la ley 555 de 2000 (febrero 2) Diario Oficial No.43.883, de 7 de febrero de 2000; por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones, sin enunciar en específico cuál o cuáles de sus artículos o normas le sirve de fundamento a su afirmación. Ahora bien si se tiene en cuenta la definición contenida en el artículo 2º de esta ley, ella hace por regla general referencia a lo que normalmente se denomina “telefonía móvil” o a través de “celulares”:

ARTICULO 2o. DEFINICION. Los Servicios de Comunicación Personal PCS son servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes.

Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.

Sin embargo, esa misma ley 555 de 2000 (febrero 2) Diario Oficial No.43.883, de 7 de febrero de 2000, trae unas disposiciones que pueden considerarse generales con respecto al uso de la infraestructura, pero circunscritas únicamente a los operadores de telecomunicaciones; y a la creación de la entidad encargada de controlar a este tipo de entidades, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

ARTICULO 14. REGIMEN DE INTERCONEXION, ACCESO Y USO. Todos los operadores de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro operador de telecomunicaciones que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

- a) Trato no discriminatorio;
- b) Transparencia;
- c) Precios basados en costos más una utilidad razonable;
- d) Promoción de la libre y leal competencia.

PARAGRAFO. Las contravenciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas por el Ministro de Comunicaciones, sin perjuicio de las competencias legales asignadas a otras autoridades.

Las sanciones consistirán en multas diarias hasta por 250 salarios mínimos legales mensuales, por cada día en que incurra en la infracción y por cada infracción, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes.

ARTICULO 15. COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual.

Las facultades concedidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones están señaladas a través del Decreto 1130 de 1999, (junio 29) Diario Oficial No 43.625, del 29 de junio, "Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas", en el numeral 7° del artículo 37, se expresa:

ARTICULO 37. Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

7. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la Comisión determine.

Con base en la cual se profiere la Resolución 532 de agosto 20 de 2002 (Agosto 20), "Por la cual se regula la utilización de los ductos y postes de los operadores de telecomunicaciones y de terceros y se modifica el título IV de la Resolución 087 de 1997". Diario Oficial No. 44.909 de Agosto 23 de 2002, señalando las condiciones en las cuales un operador de cualquier servicio público puede utilizar los postes de la infraestructura de telecomunicaciones reconociendo al propietario del mismo un determinado valor mensual a liquidar de acuerdo a la metodología allí diseñada. Indicándose que la misma no se aplica a los operadores de otras infraestructuras dado que esa resolución se aplica sin perjuicio de lo decidido por la Comisión {véase nota2}

² "ARTÍCULO 4.2.5.1. Utilización de postes y ductos

PARÁGRAFO. Lo anterior, sin perjuicio de las metodologías tarifarias, establecidas por las autoridades competentes respecto de las infraestructuras de otros servicios que no son catalogados como de telecomunicaciones y, en particular, de la regulación y las metodologías establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas sobre uso de infraestructura eléctrica y las normas vigentes sobre ordenamiento urbano."

Por lo que es posible concluir que a partir de ese 23 de agosto de 2002, con la unión de esa serie de normas (Resolución 532 de agosto 20 de 2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el Decreto 1130 de 1999 y la ley 555 de 2000) si se encuentra regulado y definido el valor que un operador de servicios públicos debe reconocer y pagar a un propietario de una infraestructura dedicada al servicio de las telecomunicaciones por el uso de los postes correspondientes.

Empero al tener en cuenta los supuestos facticos genéricamente expresados en el memorial de demanda y concretizados por el Auxiliar de la Justicia que se pueden considerar como los alegados soportes fácticos de las pretensiones de la actora es fácil llegar a la conclusión de que ellos NO constituyen un caso particular del **supuesto de hecho abstracto** de las normas jurídicas previamente analizadas.

La actora reclama el pago por el Uso de una infraestructura de conducción de energía eléctrica alegadamente perteneciente a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., donde el auxiliar de la Justicia procedió a contabilizar (en el año 2004) cuántos y cuáles de los postes hincados para sostener los cables de conducción de energía eléctrica en Barranquilla y su Área Metropolitana estaban siendo simultáneamente utilizados como soportes de cables de líneas telefónicas que se señalan como de propiedad de la demandada Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla S.A ESP; por lo que no es aplicable a ella la regulación efectuada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Adicionalmente a ello, debe plantearse que la única prueba realizada en el proceso para acreditar ese supuesto fáctico, el dictamen pericial allegado al expediente en octubre 07 de 2004 {véase nota3}, no es la prueba idónea, eficaz y eficiente para acreditar la existencia de los mismos y la pertinencia de la valoración efectuada, la referida metodología de valoración del pago se fundamenta en unos precisos y específicos condicionamientos, siendo el más relevante el que se debe liquidar en forma particular por cada uno de los postes utilizados durante el tiempo correspondiente.

En el caso presente el auxiliar luego de contabilizar en tiempo presente (durante los meses de enero a mayo de 2004) una serie de postes de conducción de energía eléctrica que simultáneamente tienen adosados líneas de conducción telefónicas (17.476 de 9 metros y 15.809 de 11/12 metros, y sin ningún tipo de soporte técnico, científico o probatorio tomó esa única cifra para utilizarla hacia el pasado y el futuro (incluso antes de la entrada en vigencia de la Resolución 532 de agosto 20 de 2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), como invariable e inmutable; lo cual implicó el presuponer que ninguna de las partes procesales amplió o modificó sus instalaciones en el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 1998 y el 30 de agosto de 2004, que durante esos 6 años mes a mes la EDT, utilizó siempre 33.285 postes de Electricaribe.

El perito solicitó a la EDT, la información de cuál había la cantidad de usuarios de la misma en ese lapso y habiendo recibido los datos de enero de 1998 a mayo de 2004 no se aprecia que los hubiera tenido en cuenta para sus operaciones matemáticas y tampoco tuvo en cuenta que en esa misma carta se le indica que dicha empresa fue liquidada en ese mes de mayo de 2004.

³ Folios 334 del cuaderno principal de primera instancia

Circunstancias que son suficientes para revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada de las condenas allí impuestas.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 1151 de 2007, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: Resolución 532 de agosto 20 de 2002, artículos 13, 14 y 15 de la ley 680 de 2001, ley 555 de 2000, artículo 2° y 14.

DEMANDANTE: Unión Fenosa de Redes de Telecomunicaciones Colombia S.A.

DEMANDADO: Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla S.A Esp.

FECHA: Septiembre 9 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-011-2003-00091-02/**35.406**

DECISIÓN: Revoca Decisión De Primera Instancia.

IMPUGNACIÓN DE DECISIONES SOCIETARIAS-Objetivo/Finalidad/Legitimación en la causa/Regulación Normativa/JUNTA DE SOCIOS- Tratándose de reuniones extraordinarias puede la junta de socios deliberar y decidir respecto de tópicos para los cuales no hayan sido citados

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa Fáctica: En el presente caso, se observa que uno de los socios pretende que una determinación adoptada en junta quede sin efecto, por cuanto se considera afectado y estima que no existía el quorum necesario para adoptar ese tipo de decisión.

Extractos: “Inicialmente conviene puntualizar que a través de este proceso un asociado busca que alguna determinación de asambleas o juntas de socios que afecta a sus pares o a la sociedad no tenga efectos; por tanto, su objeto es la impugnación de lo decidido y se cristaliza cuando los ausentes o disidentes se oponen alegando vicios de fondo o de forma

Es necesario precisar que sólo es ejercitable por los socios y respecto de los actos que puedan estar viciados de nulidad en los términos del artículo 899 del Código de Comercio, y obviamente por los defectos e irregularidades que para su validez se requieren, lo que implica que no basta la mera inconformidad frente a la decisión que no se comparte, pues en tal caso no habría fundamento jurídico para promoverla y serán otros los mecanismos procedentes; demanda que está contemplada en los artículos 191 y siguientes del C. de Co., pero que caduca el plazo para interponerla vencidos los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual se tomó la decisión, salvo que se trate de acuerdos o actos que deben ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual el término referido se cuenta a partir del correspondiente registro.

Sobre el particular, dispone el artículo 190 del Código de Comercio que las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes. Por su parte, el canon 186 en cita, en punto al lugar y quórum de reuniones establece que se realizarán en el lugar del domicilio social, con

sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial.

1. De la convocación a junta de socios, en tratándose de sociedades de responsabilidad limitada.-

La junta de socios como órgano máximo, dirige los negocios y operaciones sociales, y periódicamente fija los derroteros que deben cumplirse en procura de la realización del objeto social. La ley indica sus funciones y otorga un gran margen de libertad a la voluntad social, no solo para ampliar los asuntos de su competencia sino también para simplificar formalismos o reducir al mínimo las ritualidades para su integración y funcionamiento.

Ahora bien, en punto al tiempo y la forma de convocar a los socios a reuniones ordinarias o extraordinarias, establece la Ley comercial en sus artículos 181 y 182 lo siguiente:

“ARTÍCULO 181. Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos.

Se reunirán también en forma extraordinaria cuando sean convocados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, en su caso.

ARTÍCULO 182. En la convocatoria para reuniones extraordinarias se especificarán los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá. En las reuniones ordinarias la asamblea podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado.

La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.

Quienes conforme al artículo anterior puedan convocar a la junta de socios o a la asamblea, deberán hacerlo también cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social.” (Resalta la Sala)

De lo anterior se colige, que el máximo órgano social cumple sus funciones reuniéndose en sesiones ordinarias o extraordinarias, siendo las primeras el espacio propicio para examinar la situación económica y financiera de la sociedad, elegir a los administradores y demás funcionarios que corresponda designar, en fin, todas las decisiones tendientes al desarrollo y cumplimiento del objeto social; mientras que las segundas se realizan para atender necesidades imprevistas y urgentes de la sociedad, verbigracia, la adopción de una o más de las medidas anunciadas en líneas anteriores, otras afines y urgentes como cambios en la administración o la elección que por cualquier circunstancia deba efectuarse.

De suerte que por regla general, en la convocatoria a junta de socios o asamblea general, debe incluirse el orden del día con el fin de que todos conozcan los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá, aunado a que si se trata de junta o asamblea extraordinaria, sólo

podrían tratarse -en principio- los asuntos expresamente indicados en la convocatoria a la misma.

Ahora bien, en lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada, expresa el código de comercio que **“En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”**,⁴ y respecto de aquellas, dispone la misma norma en su artículo 425 lo siguiente:

*“La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. **Pero por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda.**”* (Resalta la Sala)

Así las cosas, atendiendo a la remisión establecida por la ley comercial, es posible que en una reunión extraordinaria de la junta de socios o asamblea general, se debatan y decidan asuntos no contemplados en la citación, ni en el orden del día, siempre y cuando, una vez agotado el mismo, por decisión de al menos el setenta por ciento (70%) de las acciones, se acuerde debatir asuntos adicionales.

2. Análisis del caso concreto.-

Descendiendo al caso sub-júdice, tenemos que mediante el recurso de apelación, la parte demandada pretende que se revise la decisión de primera instancia y se revoque la misma, habida cuenta de los errores que en su sentir cometió la Jueza a quo al declarar la nulidad absoluta del acta No. 34 del 1º de octubre de 2007, puesto que lo decidido en aquella reunión extraordinaria no comporta reforma alguna a los estatutos sociales como equivocadamente entendiera la falladora, sino que se trató de una determinación propia del gerente general de la compañía, tomada en atención a las facultades expresas que le otorgaban los estatutos que para la época estaban vigentes, contenidos en la Escritura Pública No. 3101 del 16 de diciembre de 1986, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Barranquilla, instrumento que en su artículo 16 dispone que le corresponde de manera exclusiva al gerente general la designación de funcionarios y empleados a cargos nuevos, su asignación de funciones y retribución económica; de suerte que la disposición contenida en el acta impugnada, lejos está de pretender modificar los estatutos de la empresa, por el contrario, comporta un acto propio del gerente de la compañía, que fue previamente ratificado por la junta de socios.

A fin de zanjar esta situación, conveniente es analizar la escritura pública contentiva de los estatutos que a fecha de octubre 1º de 2007 estuvieron vigentes, esto es, los contenidos en la escritura pública referenciada en líneas anteriores, a fin de dilucidar si la determinación contenida en el acta impugnada contraviene o no los estatutos sociales, y por ende, si se encuentra viciada de nulidad.

⁴ Artículo 372 Código de Comercio.

Obra en los folios 19 al 24 del cuaderno principal, copia auténtica de la escritura pública No. 3101 del 16 de diciembre de 1986, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Barranquilla, la que en su artículo décimo sexto dispone:

*“... ARTICULO DECIMO SEXTO: - - - El gerente será uno de los socios y en tal carácter, es el representante legal de la sociedad, con las siguientes funciones: a) Dirigir y administrar la sociedad como persona jurídica que ella es; b) Ejecutar y hacer ejecutar las resoluciones y acuerdos de la junta de socios; c) Delegar en apoderados y para casos especiales, la representación de la sociedad, con facultad para revocar y sustituir; **d) Nombrar y remover libremente los funcionarios y empleados de la sociedad que no correspondan a la junta de socios, con facultad para fijar sueldos y funciones... k) ejercer todas las demás atribuciones propias de su cargo y que no estén asignadas por estos estatutos a la junta de socios...**” (Negrillas fuera del texto original).*

Ahora bien, estos estatutos sociales fueron modificados mediante el acta de junta extraordinaria No. 02 del 13 de agosto de 1992, la que fue elevada a escritura pública mediante el instrumento No. 2451 otorgada el día 30 de septiembre de aquel año en la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla, documento cuya copia fue allegada a autos por la parte demandante y que reposa en los folios 25 al 35 del cuaderno principal, donde se expresa lo siguiente:

*“...El artículo DECIMO SEXTO tendrá el siguiente PARÁGRAFO. **Expresamente se faculta al gerente para efectuar toda clase de operaciones y transacciones de carácter industrial, financiero, mercantil y de cualquier otra índole, en forma amplia y sin NINGUNA LIMITACIÓN, es decir que no requerirá en ningún caso autorización o concepto previos (sic) de la junta de socios**” (Resalta la Sala)*

Aunado a ello, encontramos que los estatutos fueron reformados además mediante reunión extraordinaria de junta de socios, celebrada el día 10 de mayo de 1993, contenida en el acta No. 9, la que fue elevada a escritura pública mediante el instrumento No. 1302 corrida el día 28 de junio de 1993 en la Notaría Sexta del Círculo de Barranquilla, instrumento visible a folios 36 al 42 del cuaderno principal, en el que consta lo siguiente:

*“...Se deja expresa constancia que, exceptuando los tres artículos aquí reformados (primero, cuarto y quinto), **quedan vigentes todos los otros de los estatutos, como consta en las escrituras No. 3.101 de diciembre 16 de 1986 de la Notaría Primera y No. 2.451 del 30 de septiembre de 1992, de la Notaría Cuarta del Círculo de Barranquilla.**” (Negrillas de la Sala)*

Del precedente análisis se puede colegir sin mayor esfuerzo, que la determinación contenida en el acta impugnada, y respecto de la cual manifiesta el extremo activo comporta una modificación de los estatutos sociales, no es otra cosa que una determinación propia de la gerencia general de la compañía, tal cual lo imponen los estatutos vigentes al momento de la actuación, razón por la cual la declaratoria de nulidad no procede, pues no se transgredió disposición legal ni estatutaria alguna.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que la creación de nuevos cargos es asunto de competencia de la Junta de Socios, y que no haberse incluido el punto ahora

cuestionado en el orden del día de la reunión extraordinaria citada, no resulta generador de la nulidad deprecada por la razón de que la norma general contenida en el artículo 182 del Código de Comercio, según la cual, en la reuniones extraordinarias solo pueden abordarse los temas contenidos en el orden del día, encuentra su excepción en la regla especial contenida en el artículo 425 de la misma norma, según la cual, aún en tratándose de reuniones extraordinarias, puede la junta de socios deliberar y decidir respecto de tópicos para los cuales no hayan sido citados -esto es, que no hubiesen estado insertos dentro de la convocatoria a reunión ni el orden del día- siempre y cuando, una vez agotado éste, por decisión del al menos el 70% de las acciones representadas así se disponga; y en el caso que nos ocupa, consta en el acta No. 34 de 1ª de octubre de 2007 Folios 11 al 15 C.P., que en aquella reunión se encontraba representado el 95.48% de las acciones, lo que rebasa con creces el porcentaje por ley exigido para que en aquel espacio se pudiesen debatir puntos ajenos al orden del día, es más, aún si el socio demandante por medio de su apoderada y representante en la reunión se hubiese expresado en desacuerdo para discutir puntos ajenos al orden del día, hubiese habido suficiente representación accionaria (74.61%) para deliberar y decidir, por lo que no son nulas aquellas determinaciones.

La disposición legal antes mencionada, aun cuando se refiere a las sociedades anónimas, es válidamente aplicable a la sociedades de responsabilidad limitada como la que en este caso nos ocupa, pues recuérdese que el Código de Comercio no contiene en su articulado, reglas especiales respecto de la convocatoria a reuniones extraordinarias cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, empero, el artículo 372 de aquella norma estatuye que *“En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”* por lo que aplicando el artículo 425 de la norma mercantil, las actuaciones están provistas de validez.

Cabe señalar finalmente, que la decisión cuestionada no implica reforma a los estatutos de la sociedad, pues la creación de un cargo en una compañía, como en este caso es el de Director Nacional de Ventas, si bien tiene connotación en la parte organizacional de la empresa, no apareja modificaciones a la estructura de la misma, ni a las reglas que rigen su funcionamiento, referidas a su denominación, objeto social, duración, domicilio social, capital social, número y clase de acciones en que esté dividido el capital, estructura del órgano administrativo de la sociedad -junta de socios y administradores con representación legal-, modo de deliberar y adoptar acuerdos los órganos colegiados, y reglas relativas a la disolución y liquidación de la sociedad, que son los tópicos que para variarse requieren que ello se efectúe mediante reformas estatutarias.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 181, 182, 186, 188, 190 y siguientes, 372,425 y 899 del Código de Comercio.

DEMANDANTE: Jorge Nassar Coll

DEMANDADO: Industrias Sedal S.A.

FECHA: Septiembre 24 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-014-2007-00268-01/**36.599**

DECISIÓN: Revoca sentencia. Niega pretensiones de la demanda. Condena en costas.

DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio judicis no es equiparable a la arbitrariedad o capricho del operador judicial y no puede facilitar o prohiar el enriquecimiento injusto de la víctima/**LUCRO CESANTE PASADO Y FUTURO**-Para proceder a su condena debe

tenerse en cuenta la época productiva de ingresos de la víctima/ **DICTAMEN PERICIAL-** Debe estar fundamentado en razones técnicas y/o científicas que respalden el experticio/**PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-** el dictamen pericial ofrecido sobre este tópico carece de fundamentos serios y sólidos que justifiquen sus conclusiones

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente asunto, estamos ante un caso de responsabilidad civil extracontractual derivada del accidente de tránsito sufrido por el demandante, donde unas vez demostrados los extremos de esta institución, los demandados muestran su inconformidad acerca del quantum indemnizatorio a favor de la víctima por concepto de perjuicios morales y materiales, éstos últimos, en razón a la falta de fundamentación técnica del dictamen pericial obrante en el proceso.

Extractos: “En lo que atañe con el valor de la condena por daño moral y lucro cesante, tema común de reclamo de los demandados, se plasman las siguientes reflexiones y conclusiones para dirimir en ese aspecto los recursos de apelación de los demandados y de la llamada en garantía, así:

1.1. El daño moral como especie de daño inmaterial ha sido estudiado con amplitud por doctrina y jurisprudencia, y, sobre el tema, en providencia de 17 de noviembre de 2011, expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P.: William Namén Vargas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, realiza un recuento histórico sobre el daño moral, sus características, y forma de reparación, que por ser útil al caso presente, se transcribe in extenso:

“...El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto iuris, es summa de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles per se de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de ‘intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica’ (C. M. Bianca, Diritto civile, vol. 5, La responsabilità (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (Dommages matériels), ora inmaterial (Dommages immatériels), bien patrimonial (Vermögensschaden), ya extrapatrimonial (nicht Vermögensschaden).

“A dicho propósito, ‘el daño a la persona’, ciertamente se proyecta en ‘un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto’ (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58).

“Exactamente, ha dicho la Corte, el daño a los bienes, derechos, valores e intereses de la persona ‘puede repercutir en el patrimonio de la misma... y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos’ (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58) siendo el primero “expresiones características del perjuicio que

reviste naturaleza eminentemente patrimonial, en los términos en que han sido descritos por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil”, el segundo, “es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su ‘... actividad social no patrimonial ...’, como se lee también en el citado fallo” y, el último, “se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.” (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01).

“Con estos lineamientos, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, ‘porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial.”(Luigi Corsaro, *Concetto e tipi di danno*, en P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, ESI, 1997, p. 655 ss).

“Ello es tanto más cierto que en la afortunada precisión de la Corte, ‘el daño a la persona en sus distintas manifestaciones relevantes’ podrá consistir en un ‘desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto’ (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58), esto es, sus secuelas son ‘algunas de ellas con carácter patrimonial como, verbigracia, ‘... los gastos de curación o rehabilitación ...’ o ‘... las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir ...’, mientras que otras de linaje diverso pueden repercutir en el ‘... equilibrio sentimental ...’, o verse igualmente reflejadas en ‘... quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto ...’ (cas. civ. Sentencia de 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01)

“El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, ad exemplum, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (cas. civ. Sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo ‘de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso’ (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“En épocas inmemoriales, una ofensa al honor o dignidad daba lugar a una sanción dineraria (pecunia doloris); así, entre otros precedentes, existían previsiones en el Código de Ur-Nammu (aproximadamente en 2050 a.C), en el Código de Lipit-Istar (1860 a.C), en las leyes de Eshnuma (art. 25, si un hombre consume su matrimonio y el suegro entrega su hija a otro, debe devolver el doble del dinero recibido como dote, resarcido la ofensa a la dignidad del esposo; art. 42, quien propine bofetada a otro en la cara, ‘pesará y entregará diez shekels de plata’; 47, ‘si un hombre injuria a otro, pesará y entregará diez shekels de plata), en el Éxodo 22, vers, 16 y 17, (quien duerma con doncella mediante engaño la desposará y pasará plata conforme a la dote de las vírgenes), el Talmud, etc.; a fines del siglo XIX y principios del XX, se cuestiona la compensación material de la humillación, la pena, aflicción o menoscabo de la honra; en una época, el dolor no debe indemnizarse (Les larmes ne se monnayent point; las lágrimas no se monetizan); después, se admitió restrictivamente el ‘dinero del dolor’ (pretium doloris, dommage moral, Schmerzensgeld) y, actualmente, se reconoce el derecho a la reparación de todo daño causado inmotivadamente (Carlo Francesco Gabba, Indemnización de los daños morales, en Id., Cuestiones prácticas de derecho civil moderno, vol. II, trad. esp. de A. G. Posada, Madrid, La España Moderna, s.a., pp. 241-242; Giovanni Battista Ferri, Il danno a la salute e l’economia del dolore, en AA.VV., ‘Iuris vincula’. Studi in onore di Mauro Talamanca, Nápoles, Jovene, p. 212; Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Derecho de daños, Madrid, Ed. Civitas, 1999).

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroable y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia in re ipsa y cuya valoración se efectúa ex post sin permitir la absoluta reconstrucción del status quo ante.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al ‘no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado’ (XXXI, p. 83) y tratarse de valores ‘... económicamente inasibles ...’ (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto ‘esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis’, ‘tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. ‘Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)’. (sentencia del 10 de marzo de 1994)’ (cas. civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).”

(...)

En el sub judice la sentencia combatida contiene condena a favor de la demandante, Electa Josefina Torregrosa de Ebratt, por perjuicios morales en cuantía equivalente a mil (1.000) gramos oro, por las lesiones sufridas en el accidente de tránsito, condena que en efecto, además de estar expresada en gramos oro, patrón o referente que no aplica en la jurisdicción civil, luce francamente desproporcionada si en cuenta se tiene que se trata de resarcir el daño moral derivado de la perturbación funcional del miembro superior derecho y de la incapacidad definitiva de 56 días, secuelas derivadas del accidente de tránsito, pero que aunque lamentables para la humanidad de cualquier persona, no son tan graves como la muerte de un ser querido, caso para el cual, a la fecha, se tiene como referente la

condena de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia de 9 de julio de 2012, expediente: 11001-1303-006-2002-00101-01, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, por cuantía de cincuenta y cinco millones de pesos (\$55.000.000), y, en consecuencia, la condena irrogada de 1.000 gramos oro, equivaldría en pesos Colombianos, a una suma aproximada a los \$ 62.812.000,⁵ lo que ciertamente, como se hace notar por los recurrentes luce exagerado y desfasado frente a las consecuencias concretas del hecho dañoso que dista mucho de la muerte de una persona.

1.2. Ahora bien, sabido es que el arbitrium judicis o si se quiere la discrecionalidad del Juez para tasar este perjuicio inmaterial –daño moral- no es equiparable a la arbitrariedad o capricho del operador judicial y no puede facilitar o prohijar el enriquecimiento injusto de la víctima, sino que debe considerar especialmente la circunstancias concretas del daño sufrido por el damnificado, que aquí, se repite, consiste, como diagnóstico definitivo, en la limitación a la elevación del hombro en sus últimos 45 grados, con perturbación funcional del miembro superior derecho, como secuela, y, con una incapacidad definitiva de 56 días (véase reporte de medicina legal que obra a folios 20 a 26 cdno 1), razón por la cual la Sala estima razonable y sensato fijar como monto o valor de la indemnización del daño moral a favor de la demandante, Electa Torregrosa De Ebratt, la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000), cantidad de dinero que sirve para paliar o morigerar los sufrimientos y angustias inherentes a las lesiones corporales que en efecto han dejado secuelas en la víctima del accidente de tránsito imputable a los demandados.

1.3. En materia de perjuicios materiales, en particular, la condena por lucro cesante debido y futuro, el reparo que hace la llamada en garantía mediante la objeción por error grave al dictamen pericial ofrecido por el auxiliar Pedro Claver Lyons Hoyos, se abre paso, pues, resulta coruscante que las conclusiones del perito en punto del lucro cesante no tienen fundamento científico alguno, sino que están soportadas en “la equidad de las lesiones”, criterio que reconoce haber utilizado en su informe, pues, no existe, la documentación de medicina legal sobre el porcentaje de pérdida o disminución de capacidad laboral de la víctima, como lo manifiesta en la aclaración y complementación radicada el 19 de abril de 2010, circunstancia que coloca de presente que el dictamen pericial ofrecido sobre este tópico carece de fundamentos serios y sólidos que justifiquen sus conclusiones (art. 241 CPC), porque parece elemental afirmar que no es posible puntualizar el porcentaje de incapacidad laboral de la víctima sin que medie sobre el punto un dato científico ofrecido por autoridad competente, de tal suerte que, el recurso del perito a la llamada “equidad de las lesiones” se torna en un criterio alejado de la ciencia médica y por lo mismo, no es de recibo para explicar la metodología y conclusiones utilizadas en lo que atañe al rubro de lucro cesante debido y futuro, y, en este punto, deberá la Sala, acoger la objeción que por error grave contra el dictamen del perito, formulara la llamada en garantía (fls 387 a 389 cndo 2).

1.4. Se adiciona: para la Sala, debe quedar claro, además, de lo concluido en punto del lucro cesante pasado y futuro que fuera reconocido por el a quo, cuya objeción se acogerá por lo discurrido anteriormente (5.4), que en rigor el sistema de presunción de ingresos que dice el Juez de primera instancia haberse implementado en Colombia (folio 576 cdno 3 que hace parte de la sentencia recurrida), no puede aplicarse de manera indiscriminada a todos los eventos examinados por la jurisdicción, como quiera que a estos fines resarcitorios de lucro cesante derivado de ingresos dejados de percibir, es fundamental para la aplicación

⁵ A efectos de calcular el equivalente a 1.000 gramos oro se consulta la página web <http://www.goldpricerate.com/spanish/gold-price-in-colombia.php> en la que se informa el precio del oro en pesos colombianos, para la época de esta sentencia en curso de \$ 62.812 el gramo de oro de 18 quilates.

de tal presunción de ingresos mínimos (salario mínimo legal vigente) que la víctima se encuentre en una época o edad productiva de ingresos, o, rentas, y por eso, no es de recibo la aplicación de la presunción memorada en tratándose de infantes o adultos mayores, que como en el caso presente, frente a la señora, Electa Josefina Torregrosa de Ebratt, además de no existir prueba alguna sobre actividad económica o laboral que ejercitara la víctima para la época de los hechos, por el contrario, es sensato inferir que a la edad de 77 años⁶, la señora demandante, no desplegaba actividad productiva alguna; razón por la cual, la Sala revocará lo relacionado con las condenas que por perjuicios materiales y por incapacidad médica definitiva contiene la sentencia apelada.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 17 de noviembre de 2011, expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P.: William Namén Vargas y de 9 de julio de 2012, expediente: 11001-1303-006-2002-00101-01, M.P.: Ariel Salazar Ramírez y artículo 241 C.P.C.

DEMANDANTES: Electa Josefina Torregrosa De Ebratt y Luz Hortensia Ebratt Castro

DEMANDADOS: Transportes Trasalfa S.A, Luis Enrique Restrepo Fandiño y Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda (llamada en garantía)

FECHA: Octubre 3 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-006-2007-00057-02/**36.909**

DECISIÓN: Modifica Sentencia de Primera Instancia en relación con el valor de la indemnización por perjuicios morales. Revoca la condena por lucro cesante debido y futuro. Acoge objeción al dictamen pericial. Confirma en los demás.

2. SALA LABORAL

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- el asegurado fallecido había dejado causado el derecho a la pensión de vejez/ el hecho inexorable de la muerte habilita la condición de la edad para obtener esta prestación económica/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL-** Si el afiliado al momento de su fallecimiento ya tenía cotizadas las semanas necesarias y suficientes para acceder a la pensión de vejez deja causado el derecho a sus beneficiarios

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la sala plantea una tesis basada en el hecho que la muerte del afiliado o asegurado habilita a sus causahabientes a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pues debido a lo inesperado de esta situación, el cumplimiento del requisito de edad – y teniendo la totalidad de semanas cotizadas-, estaría desplazado por el hecho inexorable de la muerte.

Extractos: “...pasa la Sala a abordar la otra inconformidad planteada por el apoderado judicial de la parte demandada, quien aduce que en el presente caso la norma a aplicar para establecer el monto de la pensión de sobrevivientes es el artículo 48 de la Ley 100 de 1.993.

Al revisar la sentencia apelada, se advierte que el A-quo para determinar el monto de la pensión de sobrevivientes, procedió previamente a liquidar la pensión de vejez del

⁶ Edad de la demandante, Electa Josefina Torregrosa de Ebratt, que se infiere de los documentos expedidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal (folios 20 a 26 cdno 1), porque en rigor, no se acreditó su edad mediante registro civil de nacimiento, sino debido presentarse como prueba.

asegurado para luego sustituirla, al considerar que “había dejado causado el derecho”, aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1.993 y el monto porcentual establecido en el Acuerdo 049 de 1.990.

Sobre éste preciso tópico del debate, debe señalarse por la Sala que al apoderado judicial de la demandada no le asiste razón en cuanto a la norma que estima aplicable al caso sub examine, porque ciertamente como lo estimó el Juez, el asegurado fallecido había dejado causado el derecho a la pensión de vejez, pues para la fecha de su muerte contaba con un gran cúmulo de semanas cotizadas, esto es, más de 1.200, las cuales superaban en demasía el número de semanas que para el 2003 se exigían <1000 semanas>, y sólo quedó pendiente el cumplimiento del requisito de la edad para su disfrute, lo cual se vio frustrado por el hecho inexorable de la muerte que habilita la condición de la edad, por lo que se concluye que al haber dejado causado el derecho a la pensión de vejez, la misma debió liquidarse con la norma que la regula la materia, concretamente con la Ley 100 de 1.993 en su artículo 21.

Sobre igual tópico del debate se refirió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de abril de 2012, Rad. 42488 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la que indicó:

“ (.....) ”

*Primeramente cabe anotar, que el Tribunal en ningún momento desconoció lo regulado por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como tampoco que la causante no tenía cotizadas 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento del fallecimiento, sino que estimó que las 1.156 semanas de cotización que ésta tenía acumuladas durante toda su vida laboral, eran más que suficientes para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, pues superó las 1.000 semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para poder obtener la pensión de vejez, **quedando pendiente solo el cumplimiento del requisito de la edad para su disfrute, lo cual se vio frustrado por el hecho inexorable de la muerte que habilita la condición de la edad, no pudiendo en estas circunstancias dejar desprotegida la familia, aún cuando no se tuviera la exigencia antes referida de la cotización en el último año.***

*Lo que sucede es que el Tribunal le da plena eficacia a los aportes realizados por la causante durante varios años (1.156 semanas), al sumar el tiempo laborado en una entidad territorial con afiliación a la codemandada Pensiones de Antioquia y el cotizado para el riesgo de pensión ante el ente accionado Instituto de Seguros Sociales, por así permitirlo el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, **y con base en ese número considerable de semanas, arribar a una solución acorde no solo con las orientaciones o directrices que sirvieron para edificar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensiones, sino también con fundamento en otros principios o postulados, como el de la equidad y proporcionalidad, así como en el derecho a la irrenunciabilidad a la seguridad social contenido en el artículo 48 de la Constitución Política.***

La anterior postura de la segunda instancia de no truncar el derecho a los causahabientes para obtener la pensión de sobrevivientes, respecto de una afiliada que en vida cumplió con las aportaciones suficientes (más de 1.000 semanas) en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para que se le otorgara la prestación de vejez, y a quienes la demandada les negó la pensión, so pretexto de no tener la causante un mínimo de cotizaciones efectuadas en el año inmediatamente anterior a su deceso, además de ser sensato, lógico, y razonado, está en armonía con los principios de la Seguridad Social como la eficiencia, la integralidad, la universalidad y la solidaridad.

Lo precedente también se acomoda al < criterio jurídico > que recientemente adoptó la Corte, en sentencia del 2 de agosto de 2011 radicado 39766, que si bien en esa oportunidad correspondía a la reclamación de una pensión de invalidez, sus enseñanzas encajan perfectamente en el presente asunto, y **que consiste en que la persona que reúne los requisitos en materia de aportes para el otorgamiento de la pensión de vejez dentro del régimen de prima media con prestación definida, que es aquella prestación para cuya causación se requiere mayor densidad de cotizaciones, consolida el derecho a prestaciones de otros riesgos o contingencias que exigen una densidad de cotización menor o inferior, así no tenga las semanas exigidas en el tiempo inmediatamente anterior a la causación del derecho. Ello no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, por motivo de que los aportes realizados son suficientes para cubrir el reconocimiento de la pensión.**

(...)

En resumen, el Tribunal no incurrió en ningún error jurídico al otorgar la pensión de sobreviviente a los demandantes, por cuanto la afiliada al momento de su fallecimiento ya tenía cotizadas las semanas necesarias y suficientes para acceder a la pensión de vejez, quedando pendiente el cumplimiento de la edad, que como bien lo puso de presente la alzada no se logró su disfrute por haberse presentado el hecho de la muerte, siendo dable afirmar que la asegurada sí dejó causado el derecho a sus beneficiarios y financiada la prestación.” <subraya y negrilla fuera de texto>

(...)

En conclusión, a la demandante le asiste el derecho al pago de la pensión de sobrevivientes al haber acreditado todos los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1.990 para su causación, especialmente la convivencia con el afiliado fallecido; así mismo se le deben reconocer los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993, por cuanto la norma que resulta aplicable a su caso en virtud de la condición más beneficiosa- Acuerdo 049 de 1.990- se considera incorporada al Régimen de Prima Media con prestación definida, y es la que se debe aplicar en su integridad para efectos de calcular el monto de dicha prestación.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 21,48 y 141 de la Ley 100 de 1.993, Acuerdo 049 de 1.990, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia 17 de abril de 2012, Rad. 42488 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

FECHA: Octubre 9 de 2013

DEMANDANTE: María Manuela Velásquez Rodríguez

DEMANDADO: Instituto De Seguros Sociales En Liquidación – Hoy Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-006-2012-00138-01/ **49.708**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

TRABAJADORES DISCAPACITADOS- Protección constitucional y legal/Reiteración Jurisprudencial/ **FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-** Estando el trabajador incapacitado procede su reintegro aun tratándose de contratos de obras o labor contratada/El empleador no puede alegar desconocimiento de ésta condición cuando es notificado de las sucesivas incapacidades laborales otorgadas al trabajador

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS

Causa fáctica: En el presente caso, se analiza si el demandante fue despedido de acuerdo a lo establecido por las normas con relación a las personas que se encuentran en estado de discapacidad, y por ende, si le corresponde el reintegro y el pago de prestaciones solicitados en la demanda instaurada.

Extractos: “En cuanto a los discapacitados, la Constitución Nacional en su cuerpo normativo ha establecido que:

***Artículo 47.** El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*

***Artículo 54.** Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud*

Dichas prerrogativas constitucionales se ven materializadas en la Ley 361 de 1997, cuyo artículo 26 reza:

ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que todo aquel que se encuentre en estado de discapacidad recibe una protección especial del Estado, resultando en una estabilidad laboral reforzada.

Revisando el caso bajo estudio, es evidente que el demandante se encuentra en situación de discapacidad, de acuerdo con la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (folio 36 a 40) quienes establecen un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante equivalente al 23.30%.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-531 de 2000, ha mencionado que:

El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una "estabilidad laboral reforzada" que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados, en la forma ya analizada por esta Corporación."

Con relación a la estabilidad reforzada de los trabajadores disminuidos, esta misma Corporación en sentencia T-281 de 2010 establece:

"Las garantías debidas a los trabajadores discapacitados son aplicables aún en los casos en los que el contrato de trabajo por el cual fue iniciado el vínculo laboral haya sido suscrito por un término definido o por obra específica, e incluso dentro del periodo de prueba, según se explica a continuación. En estos eventos, de acuerdo con la consideración central desarrollada en sentencia T-1083 de 2007, es igualmente aplicable la exigencia oponible al empleador por la cual éste se encuentra llamado a obtener una autorización del inspector de trabajo cuando desee dar por terminada la relación laboral con fundamento en la expiración del término originalmente acordado o, atendiendo determinadas precisiones, en la culminación de la obra para la cual el trabajador fue contratado.

Es preciso hacer hincapié en que en esta hipótesis, si bien el vencimiento de dicho lapso y la terminación de la obra contratada han de ser considerados como modos de terminación del vínculo laboral que operan ipso jure, siempre y cuando se dé el respectivo preaviso, no es menos cierto que dada la situación en la que se encuentra el empleado, la correspondiente autorización por parte de la oficina del trabajo permite hacer valer la expectativa de estabilidad en cabeza del empleado (artículo 53 C. N.), al mismo tiempo que evita que estos argumentos sean utilizados para separar de su cargo a los trabajadores discapacitados a pesar de la continuación del objeto social de la empresa y de la necesidad de conservar dicho empleo para el desarrollo de su objeto social. Lo anterior no obsta para que en cualquier momento en que el discapacitado incurra en una justa causa de terminación unilateral del contrato, pueda el empleador tramitar la aludida autorización de despido ante el respectivo inspector, por cuanto la protección con que cuenta es relativa y no absoluta."

Asimismo, en sentencia T-263 de 2009, ésta Corporación estableció:

"La jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del

término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado.”

Así las cosas, observa la Sala que si bien el demandado conocía de la condición de discapacidad del demandante no obtuvo el permiso del Ministerio de Protección Social para su despido, argumentando que por tratarse de un contrato de obra o labor contratada no era necesario.

Se aclara por parte de ésta Sala que, pese a los argumentos expuestos por la apoderada de la parte demandada en su recurso de apelación cuando indica que no tenían conocimiento de la situación de incapacidad en se encontraba el demandante al momento del despido, las pruebas allegadas al informativo demuestran lo contrario.

Debe inicialmente señalarse al respecto o mejor, recordarse, que el accidente que sufrió el demandante data del 19 de noviembre de 2008, tiempo desde el cual se le empezaron a generar incapacidades laborales como se desprende de las documentales que obran a folios 41 a 67 del informativo. Valga decir, además, que las mismas eran otorgadas por términos de 30 o 20 días en forma sucesiva, lo que resulta incuestionable sobre el conocimiento que tenía la empresa empleadora frente a la situación particular de indefensión en que se encontraba el trabajador.

Conocimiento éste que, por demás, queda evidenciado a través del escrito de denominado “Aviso de terminación del contrato de trabajo” que obra a folio 32 mediante el cual se dijo:

“Teniendo en cuenta que actualmente está vigente una incapacidad médica, al empresa CONALVIAS S.A., con el único fin de garantizar su protección social hasta la terminación de la misma, mantendrá vigente su vínculo laboral hasta el 27 de noviembre de 2009 fecha en la cual concluye la mencionada incapacidad”.

Así, entonces queda sin fundamento la razón esgrimida por la parte demandada para postularse en absolución, pues, aun y cuando la Sala no desconoce que para la fecha del despido no se había proferido el dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARP ni de la Junta de Calificación de Invalidez, los cuales tuvieron lugar los días 27 de diciembre de 2009 y 26 de febrero de 2010, respectivamente, no se puede desconocer que la calificación solo viene a constituir una formalidad o aspecto técnico que se emite respecto del deterioro de salud que se viene padeciendo, que en este caso resultó probado.

Al respecto es dable señalar que no han sido pocos los pronunciamientos que sobre éste tópico los altos tribunales han expresado acerca de la procedencia del amparo previsto en la ley 361 de 1997 en los eventos en que el estado de salud del trabajador resulta evidente en torno a la imposibilidad de ejercer las funciones propias de su cargo por estar en el trascurso de incapacidades médicas, aun y cuando no hubiere un dictamen técnico que establezca el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

(...)

De acuerdo a los derroteros planteados, es propio colegir que el actor se encontraba en una situación de debilidad manifiesta de la cual tenía pleno conocimiento su empleador como quedó evidenciado de las pruebas referidas anteriormente, de tal suerte que no resulta dable fundar el recurso en un desconocimiento de la condición física de su trabajador.

Cabe decir, además, que las normas y los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la terminación de contratos de personas discapacitadas son claros al establecer que toda persona, sin excepción del contrato por medio del que se encuentre vinculado, goza de la mencionada protección reforzada, y por lo tanto no es posible terminar su contrato sin que medie la autorización del Ministerio de Protección Social para ello.

Ahora bien, indica el recurrente que el despido no se debió a razones de trato discriminatorio, sino que se trató de una terminación fundamentada en la normatividad legal, al finalizarse la labor para la cual fue contratado.

En cuanto al anterior análisis, adviértase que si bien esta clase de contratos –duración de la obra o labor contratada- está regulado por nuestra legislación laboral, también lo es que la estabilidad laboral reforzada es una garantía constitucional tal como lo establece el artículo 25 de la Constitución Política. Sin embargo, esta garantía no otorga un derecho constitucional a permanecer indefinidamente en un determinado trabajo, sino que es desarrollada por la ley, que además de establecer su contenido y alcance, dispone de mecanismos judiciales ordinarios para hacerla efectiva.

En efecto, el derecho a la estabilidad laboral de todo trabajador se encuentra regulado en la ley laboral que establece un catálogo taxativo de causales para la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa. Adicionalmente, la ley establece las causales de reintegro del trabajador así como las respectivas indemnizaciones.

De todos modos, dicha estabilidad laboral no cambia de un contrato a otro, es decir, por el hecho de que el demandante se encontrara vinculado mediante un contrato de obra o labor, no perdía su condición de discapacitado y mucho menos su protección especial. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la simple finalización de un contrato laboral de tales características, arguyendo la culminación de la labor, no es una razón suficiente para dar por terminado un vínculo de esta naturaleza, en especial, si la empresa escudada en la finalización del contrato de obra, desconoce los requisitos legales para su terminación o finiquita el contrato bajo supuestos que denoten discriminación⁷. Estas consideraciones resultan particularmente relevantes cuando se trata de la terminación de contratos laborales celebrados con personas en condiciones de debilidad manifiesta.

En este orden de ideas, el despido del demandante se considera nulo, y por lo tanto se procederá a confirmar lo establecido por el A-quo y ordenar el reintegro del demandante a su cargo u a otro de igual categoría, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por éste desde su desvinculación el 27 de noviembre de 2009 hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 47 y 54 Constitución Política, Artículo 26 Ley 361 de 1997, Corte Constitucional: Sentencias C-531 de 2000, T-281 de 2010 y T-263 de 2009.

FECHA: Septiembre 24 de 2013

⁷ Sentencias T-1101 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T- 739 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

DEMANDANTE: Ricardo Arenas Narváez

DEMANDADO: CONALVIAS S.A.

RADICACIÓN: 48.216-A

DECISIÓN: Modifica numeral 1º sentencia apelada. Revoca condena por aportes en salud. Confirma en lo demás.

CONVENCIÓN COLECTIVA- Efectos jurídicos/Alcances/Prerrogativas/Finalidad perseguida por la ley/**TRABAJADORES DE NAVIERA FLUVIAL**-No es posible aplicarles la convención que beneficia a los trabajadores del sector petrolero

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa Fáctica: En el presente caso, el demandante pretende se le dé aplicación a la Convención Colectiva firmada por la USO en su condición de trabajador de la Naviera Fluvial, pues considera que dicha empresa hace parte de las actividades desarrolladas por el sector petrolero.

Extractos: “A guisa de exordio resulta relevante predicar que la convención colectiva de trabajo según el sentido y alcance del artículo 467 del C.S.T., constituye la institución de mayor trascendencia en el derecho colectivo cuyo objeto principal es el mejoramiento de las condiciones que regirán los contratos de trabajo en beneficio de los trabajadores superando los derechos consagrados en los preceptos legales y con respecto a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de octubre de 1982, asentó :

“(...) La convención colectiva de trabajo es considerada la institución central del derecho colectivo de trabajo y el mayor logro de los esfuerzos y luchas del sindicalismo por situarse en la contratación laboral frente al patrono en un plano de igualdad para la regulación de condiciones de trabajo. Su finalidad inmediata es el mejoramiento del nivel de existencia de los trabajadores, obteniendo para éstos prerrogativas económicas y sociales superiores a las que consagra la ley. Esta es una filosofía jurídica y social aceptada por el Estado moderno como necesidad primordial en el mantenimiento de las instituciones propias de la democracia que permite hacer todo aquello que la ley no prohíbe”.

El demandante fundamenta las pretensiones del libelo incoatorio que la convención colectiva de trabajo celebrada entre la empresa Ecopetrol y el sindicato de la empresa Ecopetrol, denominado Unión Sindical Obrera – USO (hoy Unión Sindical Obrera de la Industria y del Petróleo – USO), y el sustento jurídico en particular se cimienta en el artículo 2º de las convenciones colectiva de trabajo de Ecopetrol – USO, precepto que es del siguiente literal:

“Artículo 2.- Las labores de montaje, mantenimiento durante el periodo de garantía, construcción y ensanche de tipo industrial para las actividades de producción, proceso, transporte y servicios, las podrá contratar la Empresa cuando lo requiera para mayor conveniencia de sus operaciones y siempre que se realicen con firmas especializadas.

“También podrá contratar las labores de exploración y perforación de acuerdo con sus programas, a excepción de las concesiones De Mares, Yondó, Cristalinas, cantagallo,

San Pablo y las Garzas. En estas concesiones, dichas labores serán efectuadas con personal de base de la Empresa y sólo podrá contratarlas cuando el personal y el equipo de propiedad de la Empresa no sea el adecuado al tipo de pozo que se desea perforar y se encuentre ocupado por ésta. Para las actividades de perforación, limpieza y reacondicionamiento de pozos, Ecopetrol no entregará sus equipos a contratistas especializados en estas labores.

“La empresa cuando celebre contratos se obliga a imponer y a exigir a los contratistas el cumplimiento de las disposiciones de la presente convención. Es entendido que los trabajadores que laboren al servicio de contratistas disfrutará de los mismos salarios y prestaciones a que tienen derecho los trabajadores de ECOPETROL.

“Para estos efectos se entenderán como trabajadores del contratista, todos aquellos que laboren para éste en actividades propias de la industria de petróleo de que habla el Decreto número 0284 de 1957 y su resolución reglamentaria 0644 de 1959.

“En caso de incumplimiento por parte del contratista a las obligaciones contraídas en virtud de este Artículo, Ecopetrol atenderá y resolverá las reclamaciones concretas que al respecto le formule la Unión Sindical Obrera.

“Las actividades de carácter regular y permanente, propias de la industria del petróleo de que habla el decreto número 0284 de 1957 y su Resolución Reglamentaria 0644 de 1959, que ejecuta Ecopetrol con personal de base, no las realizará por el sistema de contratistas, subcontratistas o intermediarios. Los incrementos esporádicos u ocasionales de estas actividades podrán ser atendidos con trabajadores contratados directamente por la empresa por contratos temporales o transitorios.

“Para aquellas labores ocasionales o discontinuas, la Empresa contratará directamente los servicios de los trabajadores temporales o transitorios que sean necesarios y no utilizará los servicios de intermediarios o contratistas para estos efectos.

“Parágrafo: Como consecuencia de la aplicación de la presente Convención a los trabajadores temporales, Ecopetrol conforme a la ley se obliga:

- a) Al respeto al derecho de asociación de dichos trabajadores a la Unión Sindical Obrera-USO.**
- b) Reconocimiento de la Unión Sindical Obrera como representante de los trabajadores mencionados.**
- c) El descuento de la cuota sindical que tenga establecida estatutariamente la Unión Sindical Obrera ”**

En efecto, resulta menester desentrañar el sentido y alcance de la cláusula convencional transcrita con el fin de determinar si esta normativa resulta aplicable a los trabajadores de la sociedad Naviera Fluvial Colombiana S.A., por ello, resulta imprescindible analizar el objeto social de esta empresa y si sus actividades propias guardan conexión de manera directa con la industria del petróleo y para mayor ilustración se acude a lo contextualizado en el certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada Naviera Fluvial Colombiana S.A., visible a folios 95 a 97, y cuyo objeto social es del siguiente tenor:

“1. La explotación comercial de la industria del transporte acuático, mediante la conducción de mercancías, combustibles, semovientes, correos y en general cualquier

clase de bien mueble, así como de pasajeros; a través de ríos, canales y lagos navegables, con particular énfasis en el río Magdalena y sus afluentes. 2.- El transporte marítimo, aéreo y terrestre, dentro de cualquier parte del territorio colombiano o fuera de él, o con destino o lugar de embarque en Colombia, de pasajeros, bienes muebles, carga a granel, carga líquida, contenedores y carga homogénea y en general de cualquier clase de carga; así como la actividad de flotamiento, cabotaje, dragado, la prestación de servicios especializados, el soporte de muelle e instalaciones marítimas o fluviales; así como, en general, cualquier otra actividad comercial o marítima o fluvial inherente o complementaria y accesoria a las anteriores. 3.- La inversión de sus recursos en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como cualquier negocio jurídico o en la constitución o participación de personas jurídicas que tengan por objeto uno similar, complementario o conexo al suyo. En desarrollo de su objeto social la sociedad podrá:

- a.- Adquirir o enajenar a cualquier título naves, barcos, remolcadores, planchones, vehículos, aeronaves, equipos, herramientas, repuestos, aparejos, titulallas, combustibles, etc.**
- b.- Adquirir, enajenar, construir, y explotar astilleros para la construcción o reparaciones de naves y talleres relacionadas con la construcción, reforma, adecuación, reparación o mantenimiento de vehículos o naves.**
- c.- Participar e intervenir en la organización y promoción de cualquier clase de empresa ya sea como fundadora o constituyente, o mediante suscripción o compra de acciones, cuotas, participaciones, bonos, cédula y otros títulos o documentos de crédito o títulos valores.**
- d.- Comprar, vender y en general, enajenar a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles o muebles, grabar en cualquier forma sus bienes muebles o inmuebles, dar en prenda los primeros e hipotecar los segundos y realizar cualquier acto de administración sobre los bienes que conforman su patrimonio.**
- E.- Girar, emitir, endosar, adquirir, aceptar, cobrar, pagar, protestar, descontar, cancelar así como cualquier otra operación sobre títulos valores.**
- f.- Dar o tomar dinero en mutuo con o sin intereses.**
- g.- Celebrar toda clase de operaciones comerciales, actos y negocios jurídicos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, instituciones financieras, compañías aseguradoras, entre otras.**
- h.- Obtener y explotar los derechos que se deriven de marcas, nombres comerciales, enseñanzas (sic), dibujos industriales, patentes de invención, derechos de autor, conexos y en general cualquier bien de propiedad intelectual.**
- i.- Transigir, desistir y someter a decisiones arbitrales las cuestiones en que tenga interés frente a terceros.**
- j.- Invertir sus excedentes de tesorería y**
- k.- Realizar todos los actos relacionados con el objeto social, así como cualquier otro necesario, conveniente o complementario que tenga por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal y convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad”.**

Ahora bien, a los autos se encuentra arriada la Resolución No.001235 de mayo 14 de 1998, ver folios 130 a 134, expedida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social Jefe de la División de Vigilancia y Control y en su parte resolutoria precisa que los trabajadores de la empresa Naviera Fluvial Colombiana S.A., no pueden pertenecer a la Unión Sindical de la Industria y el Petróleo USO, del mismo modo, y de contera, declara que la empresa Naviera Fluvial Colombiana S.A., no incurrió en las violaciones a los derechos de asociación y autonomía sindical, el anterior acto administrativo al resolverse el recurso de reposición fue confirmado mediante Resolución No.001756 del 13 de julio de 1998, ver folios 135 a 138. Igualmente, la resolución No.002160 del 4 de septiembre de 1998, visible a folios 139 a 143, al resolver el recurso de apelación confirma en todas sus partes la Resolución No.001235 del 14 de mayo de 1998, trátense de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad hasta tanto no sean anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Sala considera que el sustento jurídico de la parte actora fundado en la norma convencional reseñada en precedencia no tiene aplicabilidad en el caso materia de examen por cuanto que esta per se, no se presume, siendo una carga probatoria de incumbencia de la persona o trabajador que pretenda beneficiarse con un precepto convencional, siendo propicio traer a colación y prohijar el derrotero marcado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y sobre este asunto en particular dijo :

“La aplicabilidad de una convención colectiva de trabajo a un caso o a una persona determinada no se presume, sino que es necesario demostrarla, sea por pertenecer al sindicato que la suscribió, tal como lo prevé el art. 37 del dcr. 2351 de 1965, o porque este afilie a más de la tercera parte del personal de la empresa, conforme al 38 y, en uno y otro caso, mediante el pago de las cuotas sindicales que regula el 39 por los trabajadores no sindicalizados.

“Si no se prueba en juicio alguna de tales circunstancias, no puede pretenderse que el sentenciador aplique al litigio que dirime lo estipulado en una convención colectiva por la sola circunstancia de ser norma más favorable al interés del trabajador, ya que esa aplicabilidad no es incondicional y automática, sino que legalmente exige la existencia de algunos presupuestos de hecho como los ya anotados” (Cas., 7 de noviembre 1975. G.J. CLI, 641).

Es obvio, desde luego que, en un evento como el presente es de inferir que al actor le correspondía para hacer valer su derecho extralegal demostrar los supuestos fácticos y legales indicados en el segmento de la jurisprudencia transcrita, por ello, al echarse de menos resulta entonces, que no tiene la condición de beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa Ecopetrol y la organización sindical Obrera de la Industria y el Petróleo – USO, aunado a lo anterior, tal y como quedó expuesto en el objeto social de la sociedad Naviera Fluvial Colombiana S.A., en modo alguno guardan simetría con el objeto social de la empresa Ecopetrol S.A., de tal suerte que sus actividades son absolutamente dispares y disímiles, no obstante, para abundar las razones en el sentido de que las empresas contratistas puedan gozar de los beneficios de los trabajadores de Ecopetrol, deben de adecuarse a las reglas preestablecidas en el Decreto 284 de 1957, en este sentido fijó su posición la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 28 de julio de 2005, M. P., Dr. Luis Javier Osorio, sobre este tópico razonó de la siguiente guisa:

“...En cambio, el artículo 1° del Decreto 284 de 1957 determina que cuando una persona jurídica como Ecopetrol se dedica a actividades del petróleo y para ello utiliza a contratistas independientes, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones que disfrutaban los trabajadores de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, lo cual significa un elemento concreto de referencia, que permite sin duda, dar aplicación al mandato convencional, tal como atrás quedó comentado.

“Y como el Tribunal dio por demostrado que en la zona donde se ejecutó el citado contrato entre las demandadas, Ecopetrol no tenía trabajadores a su servicio, es lógico reiterar, en consecuencia, que de haber apreciado la convención colectiva, su decisión sería igualmente la misma, dada la dificultad que registra el convenio colectivo para poder deducir de manera clara un alcance como el que los recurrentes le atribuyen...”

En ese orden de ideas, demostrado como se halla que el demandante prestó sus servicios a la empresa demandada Naviera Fluvial Colombiana S.A., en el cargo de piloto, como tripulante a bordo de las unidades remolcadoras fluviales, empero, al no encontrarse subsumido dentro de las normas reguladas por el decretos 284 de 1957; 2719 de 1993 y al echarse de menos que el actor no ha cumplido a plenitud con la demostración de ser socio aportante a la organización sindical de la Industria del Petróleo – USO, llegamos a la conclusión insoslayable que resulta impróspera la petición principal, igual suerte correrán las subsidiarias que están sujetas a la prosperidad de la principal, con todo lo anterior, se estima acertada la decisión del juez de primera instancia al desatar el fondo de la litis y, como corolario, se impone la confirmación de la sentencia apelada.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 467 C.S.T., Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencias del 29 de octubre de 1982 y sentencia 28 de julio de 2005, M. P., Dr. Luis Javier Osorio

FECHA: Octubre 21 de 2013

DEMANDANTE: Carolina Isabel Berdugo Flórez

DEMANDADO: Naviera Fluvial Colombiana S.A. y Ecopetrol S.A.

RADICACIÓN: 25.404 (A)

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

3. SALA PENAL

DELITO DE CALUMNIA- Materialidad de la conducta/Clasificación/**EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-**Causal contemplada por fuera del artículo 32 del C.P./Cuando se demuestra la veracidad de las imputaciones realizadas contra la presunta víctima

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el recurso de apelación formulado por la parte civil, quien radica su inconformidad en que no puede tenerse como prueba la sentencia del 12 de abril de 2012, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que condenó a Javier Cáceres Leal como autor del delito de concierto para delinquir agravado, aduciendo que no fue legal ni oportunamente allegada al proceso y que además el procesado Alexis Mancilla, para la fecha a que hace alusión aun no era miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia

Extractos: “El tipo penal endilgado al procesado Alexis Mancilla García, dentro el trámite de la referencia, es el contemplado en el artículo 221 del Código Penal, el cual señala que: *“El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

La conducta de este delito tiene un verbo determinador simple, que es el de imputar. Las acciones se concretan en la falsa atribución al sujeto pasivo de su autoría o coparticipación en un hecho punible, a su vez, la falsedad del hecho punible atribuido debe serlo en la zona subjetiva del agente y en su aspecto real y objetivo, es decir, que el agente ha de saber y

conocer que el sujeto pasivo no ha ejecutado el delito y este en realidad no debe haberlo realizado⁸.

A su vez, la calumnia puede ser: a) calumnia de palabra, que podría ser verbal o escrita; b) calumnia indirecta, es decir, cuando el sujeto activo repitiera la calumnia imputada por otro a modo impersonal o con expresiones como “se dice” o “se asegura” u otras semejantes.

Así pues, para su configuración típica y antijurídica, se requiere que el sujeto activo manifieste una falsedad objetiva, por lo que deviene atípica cualquier imputación de una conducta cuya concurrencia resulte probada.

Por su parte, para su tipicidad subjetiva se requiere la concurrencia de dolo, entendido como la conciencia de que la imputación que se hace al sujeto pasivo atenta contra su honra⁹.

En relación a los elementos necesarios para la configuración de este punible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado los siguientes: (i) la consciente y voluntaria atribución falsa de un hecho delictuoso; (ii) la imputación se haga a una persona determinada o determinada; (iii) el autor tenga conocimiento de la falsedad, y (iii) la atribución del hecho delictuoso falso sea clara, concreta y categórica, no surgida de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada¹⁰.

Sin embargo, el artículo 224 del Código Penal establece lo siguiente:

“Art. 224 **Eximente de responsabilidad.** No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones...”.

Bajo este contexto se infiere que cuando se logre probar la veracidad de las imputaciones, el imputador no incurre en responsabilidad alguna, sin embargo, en ningún caso se admite prueba sobre la imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y la formación sexuales.

Asimismo, vale recordar que norma antes citada, hacía referencia a otro evento en que no se admitía prueba, respecto de imputación de cualquier conducta punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus equivalentes, excepto si se tratase de prescripción de la acción, sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-417 de 2009 lo declaró inexecutable.

En el caso bajo examen la Fiscalía acusó al ciudadano Alexis Mancilla García del delito de calumnia, por haber manifestado durante sus declaraciones dentro del proceso que se le seguía como postulado en Justicia y Paz, que el señor Javier Cáceres Leal se había reunido con alias “Juancho Duque” jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia, en casa Loma jurisdicción de San Onofre (Bolívar) para concretar el apoyo de este grupo al margen de la Ley para las elecciones.

⁸PABON PARRA, Pablo Alfonso, Manual de Derecho Penal, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002.

⁹ Ibidem pág. 292.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Casación 17 de abril de 2010 Rad. 28316.

Pues bien, aunque no existe duda que en efecto el procesado Mancilla García efectuó dicha imputación, pues abiertamente lo afirmó en su indagatoria¹¹, se observa que dicha imputación no es falsa, toda vez que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 11 de abril de 2012 condenó al ex Senador Javier Cáceres Leal como autor responsable del delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley, previstos en el inciso 2° del artículo 340, con la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 9° del artículo 58, del Código Penal.

En dicho proveído nuestro Superior Funcional expresó:

“...En síntesis, la actividad probatoria cumplida en sede de instrucción y en la audiencia pública permitió consolidar el reproche penal en contra de CÁCERES LEAL, en distintos momentos, para deducir los persistentes vínculos con estructuras armadas de autodefensas, incluso cuando ya se había desmovilizado el Bloque Montes de María, aprovechando la relación existente con integrantes del Bloque Norte que continuaron delinquiendo en el Departamento de Bolívar, hasta épocas coincidentes con el proceso electoral del año 2006.

Tal y como se dijo en la decisión a través de la cual se calificó el mérito de la instrucción, el reproche en este caso tiene un contenido penal especial, ya que no se está hablando de un ciudadano del común, a quien se le censura la connivencia con tales organizaciones armadas, sino de uno especial, privilegiado y calificado, que empoderado por la sociedad aceptó las reglas de los violentos, pactó con ellos y terminó sellando una alianza punible que comprometieron su independencia y legitimidad parlamentaria.

Además, el conocimiento judicial de las múltiples conductas a través de la actividad probatoria, le permite a la Sala concluir que el injusto reprochado estuvo favorecido por la condición que ostentaba desde esas épocas JAVIER CÁCERES LEAL como Senador de la República, ya que al interior de las autodefensas se ponderaba los acuerdos por tratarse de un miembro de tan alta dirigencia del Departamento de Bolívar¹², de quien se creía que por tratarse de un congresista que en cierto momento militó en el Polo Democrático alternativo podía contribuir en proceso de negociación entre el Estado y los paramilitares¹³ y que, a la postre, su investidura jugó un papel fundamental para que fuera abordado en procura de la obtención de apoyos para la Ley de Justicia y Paz¹⁴, aspectos que, en conjunto, permiten que se le endilgue la circunstancia de mayor punibilidad, descrita en el numeral 9o., del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

En suma, cuando se mira en conjunto la prueba analizada sobre los supuestos fácticos esbozados, la Sala encuentra que ella es convergente en acreditar la relación punible existente entre el senador JAVIER CÁCERES LEAL y grupos paramilitares, a quienes con su actuar los reconoció y promovió, en distintos momentos y encuentros, como los escenarios propicios en que pactó con los violentos.

¹¹ Folios 60 a 66 Cuaderno Original No. 1 de Fiscalía.

¹² Declaración de ÉDWAR COBOS TÉLLEZ.

¹³ Declaración de SALVATORE MANCUSO GÓMEZ.

¹⁴ Declaración de JOSÉ DEL CARMEN GÉLVEZ ALBARRACÍN.

Al considerar, tal como se ha explicado a lo largo de esta providencia, que se configura la prueba necesaria - directa e indirecta-, para afirmar que el Senador JAVIER ENRIQUE CÁCERES LEAL se concertó para promover grupos armados al margen de la ley, la Sala dictará sentencia condenatoria en su contra como autor del delito de Concierto Delinquir Agravado, de que trata el inciso 2° del artículo 340, con la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 9° del artículo 58, del Código Penal –Ley 599 de 2000-...”.

Bajo este contexto, se colige con claridad que las imputaciones que realizó el encartado no fueron falsas, pues existe una sentencia condenatoria en contra del ex Senador Javier Cáceres Leal, que corroboran lo manifestado por Alexis Mancilla García en los estrados de Justicia y Paz.

Así las cosas, emerge sin lugar a dudas la eximente de responsabilidad consagrado en el artículo 224 del Código Penal, y aunque el censor aduzca que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia prenombrada, no hizo parte del acervo probatorio, la Sala resalta que cuando se estaba en la etapa de instrucción del presente trámite aún la alta Corporación no había condenado a Cáceres Leal, sin embargo, del paginario se infiere que se hizo alusión a ésta durante la vista pública, tanto así que el Delegado de la Fiscalía, en sus alegatos con base en ello solicitó la absolución de mancilla García¹⁵.

Así las cosas, aunque el procesado quien era parte del bloque Héroes, conocía de todas las estrategias, reuniones y demás acciones que se realizaban al interior de la organización, dejó muy en claro que no estuvo presente en las reuniones con el señor Cáceres Leal, éste resaltó haber escuchado su nombre en las conversaciones que tuvo con alias “Juancho Dique” y de las ordenes que le dio a sus hombres para que estos presionaran al pueblo con el fin de que votaran por el ex senador y este llegara al congreso con una muy alta votación, sin embargo, es menester que la Sala le recalque al libelista que la presencia o no del procesado en las reuniones que mencionó en Justicia y Paz, así como ante la Fiscalía que siguió el trámite por la calumnia, no es un elemento para la configuración del tipo penal de calumnia.

En ese orden de ideas, se observa que las declaraciones dadas por el procesado acerca del ex Senador Cáceres Leal, de sus nexos con los paramilitares, de la ayuda que éstos le brindaron para llegar al congreso, de las reuniones que este sostenía con Urber Banquez alias Juancho Dique, fueron comprobadas por la condena que la Corte Suprema de Justicia impuso a Cáceres Leal por un periodo de 9 años, como autor del delito de concierto para delinquir agravado, para promover grupos armados ilegales en circunstancias de mayor punibilidad, por lo que le asiste razón al *a quo* al haber sustentado la eximente de responsabilidad.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 221 y 224 del Código Penal, Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, Sentencias del 7 de abril de 2010. Rad: 28316 y del 11 de abril de 2012, Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 2009.

PROCESADO: Alexis Mancilla García

VÍCTIMA: Javier Cáceres Leal

FECHA: Octubre 15 de 2013

¹⁵ Folios 37 a 40 Cuaderno Original del Juzgado.

RADICACIÓN: 2013-00240-P-MC.

DECISIÓN: Confirma sentencia absolutoria de primera instancia.

ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS-Materialidad de la conducta/**NULIDAD DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA**-Debe solicitarse en la audiencia preparatoria/**NULIDADES PROCESALES**-Principio de trascendencia/Posición de la Corte Suprema de Justicia/**DEBER DE RENDIR TESTIMONIO**-Exime a los menores de 12 años de ser juramentados quienes deben ser acompañados por su representante legal o un familiar mayor de edad

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el recurso de apelación propuesta por la defensa del procesado, quien solicita se decrete la nulidad de la declaración de la menor víctima por no haber estado ésta en compañía del defensor de familia, tal como lo consigna la Ley de Infancia y Adolescencia, se excluya del acervo probatorio y se revoque la sentencia condenatoria dictada en su contra.

Extractos: “En primer lugar en lo que atañe a la solicitud de nulidad de la declaración rendida por la menor V.A.R.R., ante la FISCAL SEGUNDA DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO-UNIDAD DE REACCION INMEDIATA-; que petitionó el recurrente, basado en que presuntamente se configuró una violación al debido proceso, en la medida en que la niña no estuvo acompañada por el respectivo defensor de familia, aun cuando la Ley de Infancia y Adolescencia así lo preceptúa.

Así entonces, en lo que atañe a la pretensión nulitatoria, tenemos que en la audiencia preparatoria de fecha 21 de Junio de 2011, nada se dijo al respecto de nulidad ninguna, y así aparece claro en el acta que figura a folio 101 del cuaderno original del Juzgado de origen, quedándose el togado de la defensa, que dicho sea de paso fue el mismo que ahora apela, de acuerdo con lo que hasta ese momento se había surtido, luego entonces, pretender ahora una nulidad, sería lo mismo que coadyuvar a su negligencia u omisión, la misma que quiso subsanar en los alegatos finales, en los cuales, pretendió dar a entender que la no concesión de unas pruebas le podrían ser adversas a los intereses de su apadrinado, negativa de las probanzas que no recurrió, luego, convalidó la decisión.

(...)

Así pues, que no viene a tener éxito el *petitum nulitatorio* que en esta sede se elevó, por cuanto nada de lo alegado logra soportar las irregularidades que ahora buscan edificarse, aunado a que tenemos que el impugnante tampoco expuso en qué radica la trascendencia de lo que ahora de duele.

En este sentido, en lo que atañe al principio de trascendencia, la Corte Suprema de Justicia, en auto de fecha veinticinco (25) de Febrero de 2004 dijo que:

“Esta exigencia supone, cuando el reproche se formula desde la perspectiva de la causal tercera, que la censura se desarrolle acatando los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, en especial el contenido en el numeral 2° del artículo 310 del Código de

Procedimiento Penal, conocido como el de trascendencia, según el cual “Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”.

No se trata simplemente de demostrar la existencia de un vicio, sino que es preciso además acreditar no sólo su naturaleza sustancial sino también –en el caso que se examina- que materialmente afectó garantías de los sujetos procesales”.

Luego entonces, refulge sin dubitación alguna que al no haberse pronunciado el quejoso sobre la real incidencia de los hechos en que fundamentó sus postulados nulitatorios, mal podría este Colectivo Judicial hablar de la existencia de un vicio al interior del proceso, puesto que siendo necesario acreditar no sólo su naturaleza sustancial como ha dicho la Alta Corporación, sino también cómo y de qué forma materialmente ello afectó garantías del procesado, y tal exigencia no se cumplió, no se puede conceder tal pretensión.

(...)

Más aún, si todo lo expuesto en precedencia no fuese suficiente en punto de no acceder a la nulidad propuesta, también es pertinente traer a colación el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal-Ley 600 del 2000- (vigente para este asunto), el cual dispone que:

“DEBER DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia.” (El resaltado es de la Sala).

Acorde con lo anterior, la Sala encuentra que, los argumentos citados por el recurrente para solicitar la nulidad de la declaración de la menor víctima y por consiguiente su exclusión, no son de recibo; habida cuenta que, el artículo mencionado, establece que cuando los menores de doce (12) años depongan sobre los hechos, lo harán sin prestar juramento y en compañía de su representante legal o de uno de sus parientes; y una vez revisada la declaración rendida por la menor víctima de los vejámenes sexuales, V.A.R.R, fecha cuatro (4) de septiembre de 2006, se encuentra que la misma se ajusta a todos los parámetros constitucionales y legales, en razón a que la menor estaba en compañía de su madre y representante legal, Sra. YENNY PATRICIA ROA LARA, quien firmó el acta¹⁶, y además no se le recibió juramento a la niña, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

“abstenerse de juramentar al menor de doce años, como lo dispone el artículo 266 de la Ley 600 de 2000, comporta un doble sentido en la preceptiva legal: (i) de un lado, libera al infante de un compromiso interior de contenido moral que no está en capacidad de asumir y, en segundo lugar (ii) excluye cualquier posibilidad de que penalmente pueda ser

¹⁶ Ver folio 4 Ibidem.

*contrastada su conducta en el orden de la tipificación en los delitos contra la administración de justicia*¹⁷.

Acorde a lo precedente, es diáfano que, primeramente, como ya se dijera, el que la menor no hubiese juramentado no elimina, ni le resta credibilidad a su dicho, y ello tampoco hace nulitar sus aseveraciones, máxime cuando de la sola lectura de la disposición ya reproducida aparece claro que ello no tiene que hacerse, y en el mismo sentido de la norma la Honorable Corte Suprema de Justicia ha interpretado tal precepto arguyendo que, lo que se busca es liberar a los infantes del compromiso moral que de suyo tiene el rendir juramento, aunado a la eliminación de estar incurso en la comisión de un tipo penal en contra de la administración de justicia, esto es, no sólo se busca salvaguardar a los pequeños, sino también al bien jurídico premencionado. Luego, no le asiste razón al apelante en cuanto a la forma como se recepcionó lo dicho por la víctima, siendo que se siguió el parámetro legal y jurisprudencial en esta materia, ahora, que ello no sea del agrado del profesional del derecho, o que no esté de acuerdo con la previsión legal, no mengua o hace retrotraer la actuación, razón por la cual no se accederá la equívoca nulidad pretendida.

(...)

Así, en primer lugar, y con relación a lo argüido por el quejoso respecto a que el Investigador Criminalístico VII Carnet N° 8674 PS ISELA MOJICA RODRÍGUEZ, no acreditó su idoneidad para realizar la evaluación psicológica, es decir, no especificó si es psicóloga o psiquiatra; cabe resaltar que tampoco es de recibo este argumento por esta Corporación, ya que si se observa el informe de valoración psicológica se encuentra que este es firmado por “PS ISELA MOJICA RODRIGUEZ/ Investigador Criminalístico VII Carnet 8674”, y las siglas “PS” claramente en el argot profesional significan psicóloga; aunado lo anterior, el hecho que al finalizar el informe la DRA. BEATRIZ ELENA GONZÁLEZ PIÑERES en su calidad de JEFE DE LA UNIDAD POLICIA NACIONAL, certificó que la funcionaria referenciada para la fecha que suscribió el informe era miembro activo de la institución y se encontraba adscrita a esa unidad, disipan las dudas que infructuosamente intentó sembrar el impugnante.

(...)

Por ello resulta, inaceptable descartar el valor del dictamen pericial en el que se describió con suma claridad las pruebas psicológicas aplicadas a la menor V.A.R.R., y se hicieron las respectivas valoraciones de éstas, así como las recomendaciones terapéuticas, luego entonces, el supuesto argumento que no se cumplió con el requisito de aportar la Tarjeta Profesional o el Carnet N°. 8674. que identificaba la misma, según se quejó el apelante, no conlleva a dejarlo de lado, puesto que la lógica indica que si está adscrita, como en efecto se acreditó, como investigadora criminalística es porque tiene los conocimientos en la materia en punto de proferir informes como el que centra nuestra atención, razones éstas que conllevan a la Colegiatura a desestimar este punto del ataque.

Por otra parte el apoderado de la defensa, solicita que se absuelva al encausado por cuanto de acuerdo a lo manifestado por la progenitora de la víctima señora YENNYS PATRICIA ROA LARA, en la querrela, el papá de la menor al momento de cambiarle el pañal fue el que se percató del enrojecimiento que tenía en su vagina, y presuntamente el a-quo falló sin haber recepcionado el testimonio para aclarar los hechos. Pues bien, revisados los argumentos expuestos por el impugnante, se encuentra que el mismo se limitó a decir que se había

¹⁷ Sentencia del veintiséis (26) de enero de 2006, radicada bajo el N° 01791.

omitido la práctica de la prueba señalada, sin señalar siquiera de manera juiciosa la incidencia de la misma para demostrar la supuesta inocencia de su prohijado; es más, analizada la prueba que fue decretada de oficio en la audiencia preparatoria celebrada el día veintiuno (21) de junio de 2011, se logra entrever que no estaba llamada a cambiar el sentido del fallo; pues como se ilustrará en líneas posteriores de la valoración en conjunto de las que fueron allegadas al proceso claramente se deduce la responsabilidad punible del encausado en el reato de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

(...)

A su vez, no se explica esta corporación, como argumentos tales como que la madre no le haya prestado atención a la niña o que la Fiscal no haya indagado más a fondo acerca de qué clase de golpe le había dado “EDGARDITO” a la niña V.A.R.R. en su vagina, sean de tal importancia para desestimar la responsabilidad penal del procesado, más aún, es absolutamente irrelevante el tema de en qué forma fue el golpe, si fue duro, leve, moderado, o si fue en forma de codazo, de cabezazo, o de cualesquiera de las formas en que ejemplificó el asunto el apelante, máxime que como se sabe, la relevante para la estructuración del tipo penal que nos ocupa, implica que se realicen actos, o maniobras sexuales, sin distinguir que deba ser en una forma en concreto, así que, tampoco en este sentido le asiste razón al impugnante.

Siguiendo con esa misma línea, el hecho de que no haya claridad acerca de si antes del tres (3) de septiembre de 2006 el procesado había satisfecho su deseo sexual en la humanidad de la niña o la clase de maniobra que hubiere empleado, son, como ya dijimos, irrelevantes, pues de la declaración de la menor y de los dictámenes sexológicos y psicológicos se puede inferir con certeza que el procesado si cometió el delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS EN CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.

Así, en lo referente a lo argüido por el quejoso consistente en que la sentencia condenatoria se basó única y exclusivamente en lo declarado por la denunciante y por la víctima V.A.R.R.; muy a pesar que lo dicho por la menor es supuestamente inventado con razón de la manipulación a la que ha sido sometida por su madre; no encuentra recibo por esta Corporación, debido a que por un lado como bien lo manifestó el juez que nos antecede, lo dicho por la niña objeto de vejámenes sexuales en el presente caso merece total credibilidad, tanto es así que en la evaluación psicológica la perito adscrita al C.T.I., concluyó: *“Luego de haber realizado la valoración psicológica a V.A.R.R., se puede deducir que es un menor con un buen desarrollo físico y cognitivo acorde a su edad. Sin embargo, se pudo encontrar que la menor presenta agresividad reprimida, ansiedad excesiva, pobre autoconcepto y autoestima y está atravesando por un conflicto en el área sexual. Todas esas características están relacionadas con menores que han sido víctimas de abuso sexual (...),* peritazgo éste que da cuenta que, en efecto la infante si sufrió de un ataque a su integridad, a su libertad, a su formación sexual, que dicho sea de paso, a su corta edad, no tendría porque padecer tales aflicciones de no ser porque el procesado atentó contra estos bienes jurídicos.

Además el hecho de que la menor teniendo tres años y medio al momento de la denuncia haya narrado los hechos con claridad y que nadie más haya corroborado lo expresado por ella, no significa que la misma este mintiendo, pues como en repetidas ocasiones ha señalado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la inmadurez sexual de la víctima y la inexperiencia en dichos temas, le impedirían de no ser cierto,

estructurar un relato con tal coherencia en las circunstancias de tiempo, modo y lugar y mucho menos repetirlo en momentos y contextos diferentes, (...).

Ahora bien, es importante resaltar que lo dicho por la menor guarda completa coherencia con las manifestaciones físicas de dolor, relacionadas por la madre en la denuncia y con los resultados del examen sexológico realizado el día cuatro (4) de septiembre de 2006, que concluyó:

“LESIONES: No existen huellas externas de lesión reciente que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. (...) GENITALES EXTERNOS: INFANTILES NORMOCONFIGURADOS. HIMEN: ANULAR INTEGRO NO DILATABLE, LO CUAL INDICA QUE NO HAY DESFLORACION AL MOMENTO DEL EXAMEN. PRESENTA LIGERO ERITEMA EN LA CARA INTERNA DEL LABIO MAYOR DEL LADO DERECHO, LO CUAL PUEDE SER COMPATIBLE CON MANIOBRAS SEXUALES A ESE NIVEL. AL MOMENTO DEL EXAMEN NO HAY SIGNOS CLINICOS DE CONTAMINACION VENEREA INGESTA DE PSICOFARMACOS EMBARAZO NI ALTERACION PSIQUICA. SE LE ENTREGA LE (sic) PROTOCOLO DE MANEJO PARA VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES, SE SUGIERE APOYO PSICOLOGICO”

Así, el togado de la defensa, también argumentó que el hecho que el examen sexológico, haya dicho que el ligero eritema podía ser compatible con maniobras sexuales, no indica que necesariamente fue causado por esto, ya que incluso el padre en el cambio del pañal lo pudo haber producido. No obstante, el hallazgo físico encontrado por el perito coincide plenamente con la versión que dio la niña como causa de esta actuación; máxime cuando ella misma de manera inequívoca fue contundente en individualizar a su agresor, manifestando en la declaración rendida el día cuatro (4) de septiembre; lo siguiente:

“(...) PREGUNTADO. VALENTINA TU SABES PARA QUE VINISTE AQUÍ. CONTESTO. Porque me duele aquí (se toca con la manito la vulva). PREGUNTADO. COMO SE LLAMA ESE LUGAR QUE TE DUELE. CONTESTO. Chuchita. PREGUNTADO. VALENTINA POR QUE TE DULE TU CHUCHITA. CONTESTO. Porque Gerardito mi primo me metió el dedo. PREGUNTADO. Cuantas veces te hizo eso. CONTESTO. Varias veces. (...)”

Así pues, que inclusive, siendo menor, como muchas veces ya se dijera, eso no le impidió señalar quien efectuó maniobras sexuales sobre su humanidad, es más, vale la pena aclarar que, si bien el togado de la defensa se dolió porque la perito dijo que podía haber sido sujeta la pequeña a actos sexuales sobre su cuerpo, ello no obsta para que se dé credibilidad y se cimente una sentencia condenatoria, como se hiciera y aquí se ha de confirmar, en tanto que, no son los profesionales de la medicina los encargados de imputar o adjudicar responsabilidad penal, en la órbita de su actuación dan cuenta de lo de su resorte, luego entonces, mal haría en exigirles a los médicos, psicólogos, o psiquiatras que endilgaran la comisión de un delito, cuando ello es competencia de los operadores judiciales. Es más atendiendo que cuando esa pesquisa se hizo se estaba en los albores de la investigación, y en ese momento, la presunción de inocencia del procesado estaba incólume errada hubiese sido una afirmación en ese sentido, cuando como se sabe el premencionado principio desaparece es con una sentencia debidamente ejecutoriada.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Jorge Eliécer Mola Capera de fecha 11 de octubre de 2013, en cuyos apartes más importantes se lee:

“Uno de los aspectos relevantes para la credibilidad del testimonio de los niños es el relato verbal que comprenda la sucesión de los acontecimientos paso a paso, es decir, que sea lo suficientemente detallado y en el proceso de la referencia la presunta menor víctima en “declaración sin juramento”, adujo que: “me duele aquí...porque Gerardito mi primo me metió el dedo...varias veces”.

Sin embargo, debe resaltarse que los menores de 3 años de edad, aún no están preparados para afrontar preguntas del sistema penal, aunado a que existe la declaración de su progenitora quien no presenció directamente los presuntos hechos.

Además de lo anterior, pese a que los actos sexuales para su configuración no es necesario que se ejecute un acceso carnal, si es menester se pruebe con certeza tales tocamientos, como por ejemplo eritemas, que lleven a concluir contacto físico entre el procesado y la presunta menor víctima, aún más si se trata de una menor de tan solo 3 años, que al ser tocada con el dedo de un adulto deben quedar rastros o secuelas de dichos tocamientos.

Vale resaltar que si bien dentro del expediente obra un dictamen médico legal practicado a la menor en el que se determinó que tenía un “leve eritema”, ello no implica per se la introducción del dedo de un adulto (como se acusó al encartado), en la vagina de una niña de tan corta edad, la cual sin lugar a dudas tiene sus partes sensibles, por el contrario, si ello hubiera ocurrido como lo sostuvo el Ente Fiscal, el Juez de Primera instancia y mis compañeros de Sala, a la niña le hubieran quedado secuelas más graves e incluso desgarros.

Así pues, un “leve eritema”, puede ser consecuencia de infecciones, alergias, pañalitis, consecuencias de las altas temperaturas etc.

(...)

En ese orden de ideas, considero que se debió revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, absolver al inculcado, por existir ausencia de pruebas.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal: Auto de 25 de Febrero de 2004, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad: 2179, artículo 266 del Código de Procedimiento Penal-Ley 600 del 2000-.

PROCESADO: Edgardo Guillermo Pumarejo Roa

FECHA: Septiembre 30 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-04-006-2011-00151-01/ **2013-00067-P-CR**

DECISIÓN: No decreta nulidad solicitada. Confirma sentencia apelada.

VERIFICACIÓN DEL PREACUERDO- Deber de hacer la revisión de requisitos formales y control de legalidad por parte del juez de conocimiento/ **IMPUTACIÓN FÁCTICA-** Es inadmisiblesu modificación/ Violación del principio de *inmutabilidad de la imputación fáctica* por parte de la Fiscalía al variar el grado de participación criminal de coautor a cómplice/**BENEFICIOS AL IMPUTADO-** No puede pactarse además de la rebaja punitiva

por la calidad de cómplice aquella derivada de la aceptación de los cargos por ser violatorio del principio de legalidad.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el Tribunal analiza la finalidad perseguida por la justicia premial, y en particular, por el instituto de los preacuerdos y negociaciones que el imputado puede hacer con la Fiscalía. Empero, se señala que éstos tienen límites fijados por el legislador y que existen principios que no permiten que llegue a pervertirse esta figura por uso indebido o abuso de la misma, siendo allí de vital importancia el papel del Juez Penal de Conocimiento.

Extractos: "...la problemática jurídica gira en torno a la presunta violación del principio de legalidad por la concesión, a juicio del a quo, desmedida de los beneficios al procesado de parte de la Fiscalía General de la Nación, como contraprestación a la terminación anticipada del proceso por aceptación de la comisión de las conductas imputadas.

Delimitado lo anterior, conviene precisar, en primer lugar, que la celebración de un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación, no significa, de manera alguna, que sea procedente la expedición automática de una sentencia condenatoria, pues antes, se impone al Juez de conocimiento la protección de los principios, derechos y garantías fundamentales. Para ello, el legislador previó que el juzgador no solo llevara a cabo una revisión de los requisitos formales, sino también al control de legalidad de lo acordado especialmente, si los términos pactados son susceptibles de consenso.

Sobre la verificación formal y material de los actos de aceptación de cargos o los acuerdos que suscriben los procesados con la Fiscalía, la Corte ha manifestado que el control desplegado por el Juez de Conocimiento no es simplemente formal, sino que se extiende a las constataciones que a continuación se explican:

*"Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento, en ejercicio de control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (ii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad."*¹⁸

También debe decirse que, al Juez de Conocimiento, se le ha permitido que de cara al control de legalidad de los preacuerdos y las negociaciones llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación, examine si se ha respetado la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

¹⁸Sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación 25106, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para ello, el Juez debe evaluar que la Fiscalía, se enmarque dentro de las establecidos limitaciones constitucionales, legales y jurisprudenciales que buscan que el modelo de justicia premial no se convierta en un festín de regalías mediante la concesión desmedida e injustificada de beneficios a los procesados que soslaye el núcleo fáctico de la imputación o la correcta adecuación típica de las conductas punibles.

No obstante a ese control que la ley le ha asignado al Juez de Conocimiento, se ha explicado reiteradamente que la discusión que éste presida en ejercicio de esa función, no debe relacionarse con asuntos probatorios sobre participación y responsabilidad del acusado, sino en general con la *legalidad del fondo del acuerdo, a la dosificación de la pena que se pretende imponer y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución.*

En virtud de lo anterior, se exige que el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y el procesado guarde la inmutabilidad de los hechos por los cuales fueron imputadas las conductas punibles al procesado, por lo que al encontrarse incongruente podría improbarse tal negociación por violación al principio de legalidad. Sin embargo, no puede sostenerse lo mismo con relación a la *imputación jurídica* porque, su variación en el marco de los preacuerdos y negociaciones, está íntimamente relacionada con la contraprestación entre beneficios y aceptación de la responsabilidad de parte del procesado, con la finalidad de poner fin de manera anticipada al proceso penal, obsérvese lo explicado por la Corte, y atendible en atención a la similitud jurídica entre acusación y preacuerdo:

*“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. **Los hechos serán inmodificables**, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.*

”Lo anterior no conlleva una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación”¹⁹.(Negritas nuestras)

Descendiendo al asunto de nuestro interés, encuentra la Sala que para el Juez – guiado, como lo sostuvo, en los argumentos expuestos por la agente del Ministerio Público- el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor Kennir Habim Pardo Orozco, desconoció la imputación fáctica y jurídica realizada en la audiencia preliminar de formulación de imputación por variar el grado de participación criminal de coautor a cómplice, y a la vez contrarió lo normado en el inciso 2° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, según el cual, a su juicio, no podría pactarse además de la rebaja punitiva por la calidad de cómplice aquella derivada de la aceptación de los cargos, por encontrarse violando también el principio de legalidad.

De tal motivación, para esta Corporación, resulta pertinente y acertada para la confirmación de la decisión, el argumento que versa sobre la mutación de la imputación fáctica en la que, evidentemente, incurrió el Fiscal en el preacuerdo celebrado con los procesados por las siguientes razones:

¹⁹ Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación 27018. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para el delegado del ente instructor, la variación del grado de participación criminal de *coautor*, que le fuere imputada en la audiencia preliminar de formulación de imputación, al de *cómplice* como lo consignó en el acta de preacuerdo, no fue producto del consenso con el procesado y su defensa técnica, sino más bien de una nueva consideración sobre la *imputación jurídica* que lo llevó a estimar que el grado de participación del agente actor en las conductas punibles fue ésta última; imputación más favorable al señor Kennir Habim Pardo Orozco, en cuanto a la penalidad que hubiere de imponerse en la condena; razón por la cual, aduce, no se aplica la limitación de un único beneficio de que trata el inciso 2° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Visto como lo expone el Fiscal, tal manifestación de su facultativa y legal atribución de negociar la prosecución de la acción penal, no representaría vulneración alguna al principio de legalidad del que debe revestirse el acuerdo; no obstante, la variación de la imputación jurídica, en la especie de grado de responsabilidad criminal, trasuntó esa mutabilidad al *aspecto fáctico* de la imputación.

Sobre tal atribución, esta Sala considera conveniente precisar que la Fiscalía General de la Nación, tiene como obligación constitucional consagrada en el artículo 250 de la Constitución Nacional, ***“realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*** (Subrayadas y negritas nuestras).

Dentro de este cometido funcional, es evidente que el ente instructor logró conocer desde el inicio de la investigación, el informe de policía judicial FPJ 5 de 02 de diciembre de 2012, que además se observa, le sirvió como fundamento para realizar la formulación de imputación en contra de los presuntos coautores del concurso delictual, y donde fueron descritos los siguientes hechos:

*“... delante de nosotros más exactamente en la calle 11 con carrera 16 A se **encontraba una motocicleta de color negro con rojo eco de lux parqueada al lado de un grupo de personas** donde el parrillero de la moto, el cual vestía una camiseta esqueleto de color blanco bermuda azul y chaqueta de moto saca un arma de fuego de la pretina de su pantalón y la acciona en repetidas ocasiones en contra de las personas que estaba al lado de ellos, de inmediato **estos sujetos al notar nuestra presencia salen a la huida y nosotros iniciamos la persecución de estos sujetos sin perderlos de vista**, donde el parrillero al ver que nos estábamos acercándonos (SIC) cada vez más para interceptarlos este sacaba el arma de fuego y la accionaba en contra de nuestra integridad en repetidas ocasiones....**los dos sujetos** de la motocicleta en una maniobra agresiva que realizan por seguir a la huida **se caen de la misma, ocasionándose varias heridas en diferentes partes del cuerpo se alcanza a estos sujetos debido a la caída... el parrillero nuevamente empieza a dispararnos en repetidas ocasiones....**”²⁰(Negritas y subrayado nuestros)*

Conforme a lo anterior, emerge ostensible para esta Judicatura, que de la narración del acontecimiento delictivo surge una presunta participación del señor Kennir Habim Pardo

²⁰Folios 1-3 del cuaderno de la Fiscalía.

Orozco, en grado de *coautor* porque, contrario a las exposiciones defensivas de su apoderado judicial, y aún de la teoría presentada por la misma Fiscalía, no se trató de una simple colaboración efectiva en la última etapa del *itercriminis* en el que habría participado como único autor el señor Edwin Agudelo Daza, sino de un acuerdo común entre éste y Kennir Habim, para actuar con división del trabajo criminal, ambos con importantes aportes para lograr su cometido delictivo, porque mientras el primero de ellos se encargaba de accionar el arma de fuego en la humanidad de sus víctimas, el último simultáneamente lo transportaba en la moto con la que a la vez procuraba la huida del lugar de los hechos y por supuesto la impunidad.

Recuérdese que en el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal, se consigna este tipo de coautorías así: “*Son coautores los que, mediando un **acuerdo común**, actúan con **división del trabajo criminal** atendiendo la **importancia del aporte**.” (Negrillas nuestras).*

Cada uno de estos elementos, sin mayor esfuerzo se columbran de la sencilla narrativa de la policía judicial, especialmente el último de ellos que el abogado defensor se empeñó en desestimar en su censura, pues de tanta *importancia* fue el *aporte* de Kennir Habim, en la empresa criminal, que en la narrativa del informe policial logra revelar su extraordinaria pericia para conducir el automotor en el que huían del lugar de los hechos y las maniobras que empleaba con la finalidad de evadir la acción de los agentes de policía que los perseguían.

Es inconcebible que ante la claridad que ofrecen los escasos, pero contundentes elementos probatorios recaudados en la investigación antes de que el delegado del ente instructor conviniera pactar con el procesado los términos que aquí se examinan, éste pretenda cambiar lo incambiable violando, entonces, el principio de *inmutabilidad de la imputación fáctica*, cuando siendo evidente la presunta *coautoría* en la que participó activamente el encartado para cometer las conductas punibles que fueron imputadas en la audiencia preliminar respectiva, pretendía el Fiscal cambiar los hechos bajo el disfraz de una variación de la imputación jurídica.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencias de 30 de noviembre de 2006, radicación 25108 y de 28 de noviembre de 2007, radicación 27518; Ley 906 de 2004, inciso 2° del artículo 351 y artículo 29 del Código Penal.

PROCESADO: Kennir Habim Pardo Orozco

VÍCTIMA: Javier Cáceres Leal

FECHA: Octubre 2 de 2013

RADICACIÓN: 08-758-60-01106-2012-00979-01/ **2013-00216-P-CJ**

DECISIÓN: Confirma la providencia improbatória del preacuerdo

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO-Especial protección constitucional/
RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia de la acción de tutela/Línea jurisprudencial reiterada de la Corte Constitucional: Subreglas/ Su omisión afecta los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna de la madre e hijo/
RECOBRO AL FOSYGA-Improcedente

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la problemática generada por la negativa de la EPS al cancelar la licencia de maternidad aduciendo mora en las cotizaciones de la trabajadora, y solicitando a su vez, que en caso de condena se ordene el correspondiente recobro al Fosyga.

Extractos: “Sobre la naturaleza del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se ha pronunciado en diferentes casos y ha sido una línea jurisprudencial reiterada la siguiente:

“La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún más reforzada si está gestando.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”²¹

Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Sobre la procedencia de la acción de tutela para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se ha trazado los siguientes criterios por parte de la corte constitucional:

“Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño.

En los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.”

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008 M.P. Marco Gerardo Morroñ Cabra.

Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo o menos, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.

El derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”²²

Requisitos, estos que se encuentran acreditados, toda vez que la accionante manifestó haber dado luz el día 14 de enero del 2013 y la solicitud de protección fue admitida el 23 de mayo del presente año, por el Juzgado Octavo Civil del Circuito, la accionante manifiesta ser madre cabeza de familia y una persona de bajos recursos económicos y el amparo constitucional fue presentado en aras de que se le protegiera ante la vulneración de su derecho al mínimo vital y la efectividad de las garantías constitucionales por ser madre gestante.

“Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida.”²³

Dado que en el sub-lite, la referida prestación económica pretendida por la accionante por conducto de la acción de tutela, es solicitada por una madre cabeza de familia, y debido a la protección reforzada de la que goza en razón de su especial situación según los fines axiológicos del Estado social de derecho y en armonía con los instrumentos internacionales, que en consonancia con las referidas citas normativas de la carta magna, conforman el bloque de constitucionalidad, el cual como se señaló ut supra, constituyen un catálogo axiológico y normativo que fundamentan el accionar de las funcionarios y servidores públicos y en especial aquellas entidades, que como la accionada por autorización ex lege, se les ha atribuido la prestación del servicio de la salud y seguridad social.

Igualmente resalta esta Sala que de las características del caso concreto se advierte la posible vulneración de los derechos del hijo recién nacido de la accionante, el cual constitucionalmente es un sujeto de derecho que goza de especial protección, y que en el referido caso sustenta aún más la imperiosidad del reconocimiento de la plurimencionada prestación económica, máxime cuando a la sazón de la jurisprudencia decantada por la Honorable Corte Constitucional: *“En los casos en los cuales la madre gestante es una*

²² Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2012 M.P. Dr. Nelson Piñilla Chirila.

persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.” Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo o menos, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.”²⁴

Circunstancia que se desprende de la afirmación realizada en el hecho número 5 del escrito de tutela y la cual debió ser desvirtuada por la entidad accionada, en virtud del principio señalado por la Corte constitucional, tal y como se reseñó ut supra.

Manifiesta la entidad accionada, en su escrito de impugnación que la accionante ha aportado un total de (28) semanas continuas de cotización, las cuales son inferiores a las 38 semanas de gestación.

En primera medida, resalta esta Sala, que de los fines del Estado Social de Derecho y del servicio social público que es prestado por la entidad accionada, le asiste una primordial responsabilidad y en actuar acorde a los fines constitucionales al momento de interpretar y aplicar la normatividad que rigen los capos de actuación de dichos funcionarios, en este caso los decretos que reglamentan el reconocimiento de la prestación de la licencia de maternidad, al respecto se ha decantado por la Corte Constitucional:

“(…) se puede afirmar que, al momento de interpretar y aplicar las normas adjetivas que establecen periodos mínimos de cotización para efectos de adquirir el derecho a determinadas prestaciones económicas de origen laboral, como sucede con la licencia de maternidad, debe darse prelación absoluta a los criterios materiales que rigen estas figuras jurídicas consagradas en defensa de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta sobre los criterios puramente formales que no siempre corresponden con los elementos fácticos que rodean cada caso en particular.”²⁵

Por lo tanto se hace patente, que en la presente situación fáctica, tal y como lo señaló el a quo en su respectiva valoración constitucional del sub-vice, no podría en consecuencia la accionada Empresa Prestadora de Salud, negarse a pagar la prestación económica por maternidad, aduciendo que durante el lapso breve e inmediatamente anterior al conocimiento de su estado no cotizó al Sistema de Seguridad Social en Salud, el número suficiente de semanas, para acceder a la susodicha prestación, porque los requisitos que aseguran el cumplimiento de los derechos sociales del Estado exigen una interpretación dirigida a su protección y no a su desconocimiento y máxime cuando lo que se está decidiendo es una prestación social de la cual es titular una madre cabeza de familia cuya protección constitucional reforzada se ha erigido como un principio armónico con los fines del estado social de derecho y el bloque de constitucionalidad. “protección de la mujer gestante y de su hijo recién nacido encuentra sustento en diferentes instrumentos

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-022 de 2007 M. P Jaime Araujo Rentería.

internacionales aprobados y ratificados por el Estado colombiano, así como en la Constitución Política y en las normas legales que desarrollan la materia.

Disponen los artículos 43 y 51 constitucionales que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación y que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y que el Estado protegerá especialmente al recién nacido, durante el primer año de vida.”²⁶

En cuanto a las reglas de procedencia del reconocimiento y pago total o parcial de la prestación social de la licencia de maternidad, ha sido un criterio jurisprudencial el siguiente:

“(…) Ha de adicionarse la reformulación efectuada por la Sentencia T-1223 de 2008, en la que se distinguieron dos supuestos fácticos diferentes, a efectos de determinar si el pago de la licencia de maternidad -de prosperar la protección constitucional-, debía ser proporcional o total.

-El primero, tiene que ver con el de las mujeres que pagaron tarde. En este caso, se trata de eventos en los que la trabajadora o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización de forma extemporánea y la EPS lo ha recibido, por lo que procede el pago completo de la licencia.

-El segundo supuesto es el de las mujeres que pagaron incompleto. En estos casos, las trabajadoras que han cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación, en este evento, la compensación opera de manera proporcional. Es decir, la consecuencia jurídica en lo que respecta al amparo constitucional varía dependiendo del tiempo cotizado, así: a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia y b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.”²⁷

Como quiera que según las pruebas obrantes en el plenario y las propias declaraciones de la entidad accionada, la accionante ha aportado un total de (28) semanas continuas de cotización, las cuales son inferiores a las 38 semanas de gestación, situación de la que se desprende que el número de semanas dejadas de cotizar por la señora Lilibeth Salinas Acendra es de diez (10) semanas, por lo tanto su situación fáctica encuadra en la hipótesis a) del segundo supuesto de la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional y por ende tiene derecho al completo de licencia de la maternidad.

En consecuencia de lo anterior y de manera concluyente, esta Sala confirmará la decisión del aquo, en el sentido de declarar improcedente la solicitud hecha por la accionante de pedir autorizar el recobro al Fondo de solidaridad y garantía, de las sumas que esta última debe solventar a la accionante por el pago de la licencia de maternidad, dado que así lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional: *“Finalmente, se aclara que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante el Ministerio de la Protección Social, como lo solicita la entidad demandada[5], ya que el*

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-349 del 2007, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-115 del 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho que debió ser cubierto por parte de la EPS demandada, al recibir las cotizaciones necesarias para ello.”²⁸

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional, Sentencias: T-136 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-646 del 2012 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, T-022 de 2007 M. P. Jaime Araujo Rentería, T-349 del 2007, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis y T-115 del 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

FECHA: Septiembre 27 de 2013

ACCIONANTE: Lilibeth Salinas Alcendra

ACCIONADO: Nueva E.P.S.

RADICACIÓN: 08001-31-03-008-2013-00158-01/ **T-00525-2013**

DECISIÓN: Confirma sentencia impugnada.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Opera en casos de decisiones manifiesta y evidentemente contrarias a la Carta Política o la ley ó producto de la conducta arbitraria o caprichosa de los funcionarios judiciales/**VIOLACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-** Se produce cuando se niega al peticionario el acceso a la segunda instancia para controvertir la decisión judicial que la afecta/**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN EL PROCESO PENAL-** Medidas que pueden adoptarse/ Se debe estudiar en todas las providencias que pongan fin al proceso penal y no solamente en sentencias condenatorias

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte la vulneración al derecho fundamental al debido proceso vulnerado por un Juez Penal del Circuito al inobservar los derechos de la víctima dentro de la respectiva causa, en especial, lo relativo a la figura del restablecimiento del derecho, pilar fundamental dentro de estos trámites.

Extractos: “En el caso *sub examine*, la ciudadana Práxedes Edna García Candanosa acudió al presente trámite constitucional, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, argumentando que la Fiscalía 37 unidad de Patrimonio Económico Seccional y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, se han negado a corregir un error aritmético, presuntamente cometido por la Fiscalía accionada en la Resolución de Acusación, en lo referente al año de la escritura pública que fue cancelada en dicha providencia, y que además solicitó la cancelación de la escritura pública en mención ante el Juez del Circuito y el funcionario al decretar la extinción de la acción penal no se pronunció de fondo frente a ello.

Al respecto, la Sala observa que la inconformidad de la actora y las actuaciones que ha invocado como violatoria a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia son: (i) la resolución de acusación del 20 de enero de 2010 proferida por la Fiscalía 37 Unidad de Patrimonio Económico, donde se acusó a Rogelio Antonio Díaz Martínez, como posible autor del delito de fraude procesal y a su vez se ordenó la cancelación de la escritura pública No. 2325 de diciembre de 2004, pero equivocadamente se señaló de 2005; y (ii) la providencia del 24 de abril de 2013, en la que el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto, decretó la extinción de la acción penal por

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-988 del 2010 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

muerte del procesado, y levantó las medidas cautelares que recaían en el inmueble distinguido, y señaló que contra dicha decisión no procedía recurso alguno.

Así las cosas, la Colegiatura infiere que en efecto se cumplen los requisitos generales para la procedencia de la acción, en virtud de lo siguiente:

a.) Se trata de un asunto de relevancia constitucional, pues se debate la protección a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, de la víctima en el proceso penal (parte civil Ley 600 de 2000), quien quedó desprotegida al tener medidas cautelares provisionales, y al haberse levantado éstas, en el proveído que decretó la extinción de la acción penal, no se pronunció de fondo sobre el restablecimiento del derecho.

b.) El Juez de Primera instancia, le denegó la oportunidad de interponer los recursos de Ley, pues en la providencia plurimencionada, el Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de esta ciudad señaló expresamente: “*contra la presente actuación no procede recurso alguno*”.

En relación a la interposición de los recursos en este tipo de providencias, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“...No pasa por alto la Corte que contra este tipo de actuaciones de carácter eminentemente formal y escrito (auto interlocutorio), proceden los recursos correspondientes a la naturaleza sustancial de la medida que se adopta, para efectos de controlar su legalidad y el respeto de los derechos constitucionales de los interesados...”²⁹. (Subraya fuera de texto).

Bajo este contexto, se tiene que la providencia mediante el cual el Juez declaró extinguida la acción penal por muerte del procesado, y levantó las medidas cautelares provisionales que se habían ordenado, es un auto interlocutorio, y al disponer que contra ella no procedían los recursos de Ley, empero el Juez mencionado le negó a la actora, la facultad de acudir a la doble instancia, y por lo mismo, le trasgredió el acceso a la administración de justicia.

c.) Tal como se señaló en líneas anteriores, en la providencia plurimencionada, el Juez no estudió el restablecimiento del derecho que ya había sido decretado provisionalmente, sin embargo, era menester que en el auto en el que decretó la extinción de la acción penal, estudiara de fondo si la parte civil era merecedora de dicho restablecimiento.

Al respecto, vale resaltar que si bien pueden ocurrir fenómenos que hagan que un proceso penal no se llegue a una sentencia, tales como la prescripción, la extinción de la acción penal o la aplicación del principio de oportunidad, no significa *per se* que las víctimas queden a la deriva, pues es deber del Juzgador pronunciarse frente al restablecimiento del derecho, frente a esas circunstancias, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente :

“...Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en precisar que el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, aún antes de la Ley 906 de 2004, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal, porque, como ahora lo señala

²⁹ Sentencia C-245 del junio 24 de 1993, al declarar la exequibilidad del artículo 61 del Decreto 2700 de 1991.

la norma que viene de transcribirse, es independiente a la declaración de responsabilidad penal; por consiguiente, para que opere plenamente, basta con que esté demostrada la materialidad de la conducta o el tipo objetivo.

De ese modo, es procedente aún si la sentencia es absolutoria o frente a eventos en los cuales prescribe la acción penal³⁰ o se presenta alguna otra circunstancia de improseguibilidad de la acción penal, destacándose siempre su carácter intemporal e independiente de la responsabilidad penal...³¹

Asimismo, vale resaltar que la Corte Constitucional al declarar inexecutable la palabra “condenatoria” del inciso segundo del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, arribó las siguientes conclusiones:

“...Posiblemente en esta misma línea, la norma más recientemente expedida agregó al ‘convencimiento más allá de toda duda razonable’ la circunstancia de que esta decisión sólo podría adoptarse ‘en la sentencia condenatoria’.

Pero este cambio normativo implica un inconstitucional retroceso en la protección de los auténticos titulares del derecho, que ha de ser restablecido por mandato de un principio rector del mismo Código de Procedimiento Penal (art. 22 L. 906 de 2004), el cual debe prevalecer y aplicarse obligatoriamente sobre cualquier otra disposición de tal Código (art. 26 ib.), ‘para hacer cesar los efectos producidos por el delito’ y procurar que ‘las cosas vuelvan al estado anterior’ a la perpetración criminosa, de modo que, si ello fuere posible, quede como si no se hubiere atentado contra el respectivo bien jurídico, lo cual debe realizarse **"INDEPENDIENTEMENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL"** (no está en mayúsculas ni negrilla en el texto original).

Ese valioso principio fundamental del restablecimiento del derecho, incluido como norma rectora de todos los estatutos procesales penales colombianos desde el Decreto 050 de 1987, adquirió expresa incorporación constitucional en 1991, en el texto original del artículo 250 (numeral 1°), con reafirmación a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 (numeral 6°), de manera que cualquier disposición legal que lo contrarie será inconstitucional.

Esa reforma cae también en la incongruencia. Las dos normas anteriores a la del fragmento demandado permitían (permiten, en las acciones penales que se continúan adelantando bajo la Ley 600 de 2000), adoptar esta decisión ‘en cualquier momento de la actuación’ en que aparezca demostrada la tipicidad - los elementos objetivos - de la conducta punible, oportunidad que en el sistema procesal acusatorio no procedería, en contravía a lo que es su plausible avance en defensa de los derechos de las víctimas.

Adviértase que, tal como lo exponen varios intervinientes, pueden existir diversas situaciones en las que se cuente a cabalidad con prueba suficiente sobre los elementos objetivos del tipo penal, sin que se reúnan, en cambio, las exigentes condiciones que son necesarias, particularmente en cuanto a la responsabilidad penal, para poder proferir sentencia condenatoria (art. 7° Ley 906 de 2004), siendo necesario entonces emitir un fallo absolutorio.

También pueden presentarse casos en los que exista ‘convencimiento más allá de toda duda razonable’ sobre el carácter apócrifo del título de adquisición, pero ninguna información acerca de los posibles responsables de dicha adulteración, circunstancia en

³⁰ De ese modo en sentencia de la Sala de junio 10 de 2009, rad. 22881, en un asunto regido por la Ley 600 de 2000, no obstante declararse la prescripción de las acciones penal y civil, fue casada oficiosamente el fallo para adoptar medidas de restablecimiento del derecho en favor de las víctimas, concretamente la cancelación de registros de escrituras públicas sobre bienes inmuebles obtenidos de forma fraudulenta, tras encontrar demostrada la materialidad del punible de fraude procesal.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 40246

la cual no podrá procederse al archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía, por cuanto esta situación no encuadra en los supuestos que para esta decisión prevé el artículo 79 de la misma Ley 906 de 2004. Por el contrario, el ente investigador debe continuar ejerciendo la acción penal a fin de poder determinar quiénes fueron los autores de dicha conducta punible, y mientras tanto, de acuerdo con lo establecido en los ya citados artículos 22 ibídem y 250.6 de la Constitución Política, deberá adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito, y de ser posible, que las cosas vuelvan al estado anterior, independientemente de la responsabilidad penal.

Finalmente, puede surgir también un factor de extinción de la acción penal, como alguna causal de preclusión u otras situaciones que la terminan (muerte del procesado antes de proferirse sentencia, prescripción o, en los casos previstos por la ley, mutatis mutandis y dentro de sus propias condiciones legales y aún constitucionales, algunas de ellas preservantes de los derechos de las víctimas, como indemnización integral, pago, desistimiento, amnistía propia, aplicación del principio de oportunidad).

Así las cosas, no obstante que se hubiere arribado al ‘convencimiento más allá de toda duda razonable’ sobre el carácter fraudulento del título en cuestión, la ocurrencia de cualquiera de las situaciones últimamente reseñadas traería como consecuencia la definitiva imposibilidad, pues no habrá fallo condenatorio, de obtener la cancelación del título apócrifo, necesaria para lograr el pleno restablecimiento del derecho de la víctima.

En la misma línea planteada por el demandante, la Corte encuentra que esta situación se deriva precisamente de que la norma demandada exija que dicha decisión se tome exclusivamente en la sentencia condenatoria, que nunca se producirá en las comentadas eventualidades. De no existir tal restricción, la cancelación podría ordenarse siempre que objetivamente exista prueba suficiente de la contrafacción, de manera semejante a como ocurriera con la aplicación de las normas anteriores, transcritas páginas atrás.

Es claro entonces que por efecto del requisito contenido en la expresión ‘En la sentencia condenatoria’, el segundo inciso del artículo 101 parcialmente demandado puede dar lugar a situaciones en las que antijurídicamente se pierda por completo la posibilidad de que la víctima obtenga el pleno restablecimiento de su derecho, mediante la cancelación de los títulos y registros fraudulentamente obtenidos.

Al analizar medidas semejantes a ésta y teniendo en cuenta los alcances de la protección constitucional ‘a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles’ (art. 58), la Corte ha resaltado³², tal como ahora reitera, la importancia de que los correctivos previstos en la ley para volver las cosas a su estado original y desvirtuar los derechos arrogados contrariando el orden jurídico, se apliquen de manera pronta y efectiva, de modo que se evite la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan.

Esta consideración, junto a la relativa a la importancia y especial protección constitucional que, según se ha explicado, tienen los derechos de los damnificados por los delitos, hacen que no resulte necesario, razonable ni justo que el restablecimiento se condicione de manera indefinida, o peor aún, pueda frustrarse definitivamente.

Por todo lo anterior, encuentra la Corte que por efecto de la expresión demandada, algunas de las víctimas de este tipo de delitos no tienen completamente garantizado el derecho a acceder a la administración de justicia, para que pronta y cumplidamente se le

³² Cfr. C-245 de 1993.

defina la restitución a que tiene derecho, situación que a su turno vulnera, parcialmente, las garantías constitucionales del debido proceso y el restablecimiento del derecho (arts. 229, 29 y 250-6 constitucionales, respectivamente).

Ha de resaltarse, claro está, que como constante frente a todo lo analizado, también opera el respeto debido a los principios fundamentales que trazan la forma, caracteres y fines del Estado social de derecho (arts. 1°, 2° y preámbulo de la Constitución).

Igualmente le asiste razón al actor, a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales y a algunos intervinientes, en sus argumentos de que la expresión demandada impide que la Fiscalía General de la Nación cumpla a plenitud algunas de las obligaciones que la Constitución le asigna, en relación con la protección y restablecimiento de los derechos e intereses de las víctimas, particularmente las listadas en los numerales 6° y 7° del actual texto del artículo 250 superior.

En efecto, dado que la cancelación de títulos de propiedad y registros fraudulentamente obtenidos es una medida eficaz y apropiada para lograr el restablecimiento del derecho y la reparación integral de las víctimas en un proceso penal, además dentro de los cánones de la justicia restaurativa, la Fiscalía debe, en ejercicio de las facultades antes indicadas, solicitar al juez la aplicación de esta medida, siempre que exista certeza suficiente sobre el carácter apócrifo de aquéllos. Así, resulta inconstitucional que tal medida sólo pueda adoptarse en caso de proferirse una condena, puesto que ello provoca la improcedencia de dicha solicitud cuando quiera que el proceso concluya con un pronunciamiento distinto a aquélla³³ (subrayas fuera del texto original).

Del precedente expuesto se colige, que la figura del restablecimiento del derecho se debe estudiar en todas las providencias que pongan fin al proceso penal, y no solamente en sentencias condenatorias, por ello, en el presente caso, el Juez debió estudiar a profundidad la procedencia del restablecimiento del derecho.

e). Asimismo, del paginario se colige que en la presente acción constitucional está de presente el principio de inmediatez, aunado, a que la actuación del Juez trasgredió de manera notoria los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues no resolvió de fondo el restablecimiento del derecho, solo se limitó a manifestar que dicho tema ya había sido resuelto por la Fiscalía 37 de la Unidad de Patrimonio en la resolución de acusación, olvidándose que si bien dicho Despacho restableció el derecho de la denunciante, lo realizó de manera provisional.

Finalmente, la Colegiatura acota la acción de tutela no se dirige contra una providencia de la misma naturaleza.

En virtud de lo anterior, la Colegiatura observa que el Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto, en la providencia del 24 de abril de 2013, incurrió en una vía de hecho, por las siguientes razones: (i) *defecto sustantivo*, porque no se pronunció de fondo sobre el restablecimiento del derecho y estableció en dicha providencia que contra ella no procedía recursos, cuando realmente se trata de una decisión interlocutoria, frente a los cuales la Ley los prevé; (ii) *defecto procedimental*, pues actuó ajeno al procedimiento establecido y se desvió de su deber de cumplir con las formas propias del trámite, ocasionando la vulneración al derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la actora.”

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-060 del 30 de enero de 2008, M.P. R. Nilson Pinilla Pinilla.

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional, Sentencias C-245 del junio 24 de 1993 y C-060 del 30 de enero de 2008, M.P DR. Nilson Pinilla Pinilla, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de junio 10 de 2009, rad. 22881.

ACCIONANTE: Práxedes García Candanosa

ACCIONADO: Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto.

FECHA: Septiembre 20 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00346-T-MC

DECISIÓN: Concede amparo constitucional.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 018 – OCTUBRE DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS-Materialidad de la conducta/**NULIDAD DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA**-Debe solicitarse en la audiencia preparatoria/**NULIDADES PROCESALES**-Principio de trascendencia/Posición de la Corte Suprema de Justicia/**DEBER DE RENDIR TESTIMONIO**-Exime a los menores de 12 años de ser juramentados quienes deben ser acompañados por su representante legal o un familiar mayor de edad. **Pág. 30**

CONVENCIÓN COLECTIVA- Efectos jurídicos/Alcances/Prerrogativas/Finalidad perseguida por la ley/**TRABAJADORES DE NAVIERA FLUVIAL**-No es posible aplicarles la convención que beneficia a los trabajadores del sector petrolero. **Pág. 22**

DAÑO MORAL – Aplicación del arbitrio judicis no es equiparable a la arbitrariedad o capricho del operador judicial y no puede facilitar o prohiñar el enriquecimiento injusto de la víctima/**LUCRO CESANTE PASADO Y FUTURO**-Para proceder a su condena debe tenerse en cuenta la época productiva de ingresos de la víctima/ **DICTAMEN PERICIAL**-Debe estar fundamentado en razones técnicas y/o científicas que respalden el experticio/**PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL**- el dictamen pericial ofrecido sobre este tópico carece de fundamentos serios y sólidos que justifiquen sus conclusiones. **Pág. 10**

DELITO DE CALUMNIA- Materialidad de la conducta/Clasificación/**EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD**-Causal contemplada por fuera del artículo 32 del C.P./Cuando se demuestra la veracidad de las imputaciones realizadas contra la presunta víctima. **Pág. 26**

IMPUGNACIÓN DE DECISIONES SOCIETARIAS-Objetivo/Finalidad/Legitimación en la causa/Regulación Normativa/**JUNTA DE SOCIOS**- Tratándose de reuniones extraordinarias puede la junta de socios deliberar y decidir respecto de tópicos para los cuales no hayan sido citados. **Pág. 6**

MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO-Especial protección constitucional/**RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD**-Procedencia de la acción de tutela/Línea jurisprudencial reiterada de la Corte Constitucional: Subreglas/ Su omisión afecta los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna de la madre e hijo/**RECOBRO AL FOSYGA**-Improcedente. **Pág. 39**

PAGOS POR EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA- Cuando se utiliza para la prestación del servicio de telefonía básica local/Procedencia/Deber legal/**POSTES O DUCTOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA-**En el presente caso fueron utilizados de manera simultáneo para la utilización de telefonía local y transmisión de energía/**DICTAMEN PERICIAL-**Sus conclusiones no fueron soportadas en elementos de juicio técnicos, científicos y racionales. **Pág. 2**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- el asegurado fallecido había dejado causado el derecho a la pensión de vejez/ el hecho inexorable de la muerte habilita la condición de la edad para obtener esta prestación económica/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL-** Si el afiliado al momento de su fallecimiento ya tenía cotizadas las semanas necesarias y suficientes para acceder a la pensión de vejez deja causado el derecho a sus beneficiarios. **Pág. 15**

TRABAJADORES DISCAPACITADOS- Protección constitucional y legal/Reiteración Jurisprudencial/ **FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-** Estando el trabajador incapacitado procede su reintegro aun tratándose de contratos de obras o labor contratada/El empleador no puede alegar desconocimiento de ésta condición cuando es notificado de las sucesivas incapacidades laborales otorgadas al trabajador. **Pág. 17**

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Opera en casos de decisiones manifiesta y evidentemente contrarias a la Carta Política o la ley ó producto de la conducta arbitraria o caprichosa de los funcionarios judiciales/**VIOLACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-**Se produce cuando se niega al peticionario el acceso a la segunda instancia para controvertir la decisión judicial que la afecta/**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN EL PROCESO PENAL-**Medidas que pueden adoptarse/ Se debe estudiar en todas las providencias que pongan fin al proceso penal y no solamente en sentencias condenatorias. **Pág. 44**