

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:**

**ACCIÓN DE TUTELA** - No es el mecanismo para obtener el reembolso de las sumas pagadas por concepto de incapacidades a la empleada del servicio doméstico. [Página 77.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA** – Por ella, ni por el proceso ejecutivo, se cuestiona la legalidad de las cuotas ordinarias de administración impuestas por las asambleas de copropietarios. [Página 17.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA QUE RESUELVE LA CONSULTA DEL DESACATO** – La decisión de revocar la sanción impuesta por la imposibilidad de cumplir la orden no es arbitraria ni constituye vía de hecho. [Página 20.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE REVOCA UN NOMBRAMIENTO EN ASCENSO** – No procede cuando está sin resolver el recurso contra él interpuesto. [Página 15.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES** – Las crisis presupuestales de las entidades públicas no justifican el incumplimiento de las obligaciones laborales ni la desatención de los derechos mínimos y fundamentales de los empleados y trabajadores. [Página 55.](#)

**ACRECIMIENTO DE LA PENSIÓN** – Por las mesadas dejadas de pagar a la hija que no demostró su escolaridad. [Página 61.](#)

**ACTOS SEXUALES AGRAVADOS CON MENOR DE 14 AÑOS** – Valoración probatoria de la responsabilidad penal y de la contaminación de enfermedad de transmisión sexual. [Página 84.](#)

**ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES** – Les corresponde asumir el pago de las incapacidades laborales originadas en accidente de trabajo. [Página 69.](#)

**ALLANAMIENTO A LOS CARGOS** – Es nulo cuando el fiscal y el juez suministran información errada al procesado sobre el monto de la rebaja de pena. [Página 90.](#)

**ANTECEDENTES PENALES** – No se extinguen con el transcurso del tiempo. [Página 95.](#)

**ANULACIÓN DEL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO** – Se somete al respectivo proceso judicial, y no al trámite de la tutela. [Página 25.](#)

**APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA** – No es posible pretender que en dos horas un defensor estudie un asunto y elabore la estrategia defensiva. [Página 93.](#)

**ASCENSO DE SUBOFICIAL DE LA POLICÍA** - No es posible cuando la persona ha sido calificada con incapacidad absoluta en actos meritorios y no apta para la reubicación laboral. [Página 79.](#)

**COMPETENCIA TERRITORIAL Y PRINCIPIO DE LA PERPETUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN** – El juez no puede, por propia iniciativa, declararse incompetente después de librado el mandamiento de pago. [Página 31.](#)

**DEMANDA LABORAL** – No se puede rechazar cuando el demandante manifiesta la imposibilidad de aportar la prueba de existencia y representación del demandado y no conocer su lugar de domicilio o de notificaciones. [Página 46.](#)

**DERECHO A LA SALUD** – La mora en el pago de los aportes no es motivo para que las EPS interrumpan la continuidad en el servicio. [Página 23.](#)

**DERECHO A LA SALUD DE EXSOLDADO** - A la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional corresponde cubrir los gastos de transporte y alojamiento para recibir tratamiento en ciudad diferente a la de su residencia. [Página 13.](#)

**DERECHO A LA SALUD DE EXSOLDADO** – No es viable la protección por tutela cuando el interesado no agotó la fase previa de valoración por la Junta Médica Laboral y no impugnó el informe administrativo por lesiones. **Página 65.**

**DERECHOS A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA MUJER GRÁVIDA** – La mujer embarazada debe acceder a los servicios de salud aunque no tenga documento de identificación. **Página 25.**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CONCEJALES** – Se vulnera al impedir el pago de sus aportes en salud. **Página 52.**

**DERECHO AL HABEAS DATA Y REHABILITACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS** – Su protección exige que el interesado, de manera previa, haya elevado petición a la entidad correspondiente. **Página 18.**

**DERECHO AL MÍNIMO VITAL** – El retiro del servicio por reconocimiento de la pensión de vejez cuando esta constituye el único sustento del pensionado exige, de manera previa, la verificación de la efectiva inclusión en nómina. **Página 23.**

**DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS RECLUSOS** – No hay vulneración cuando la persona encarcelada, por su propia voluntad, está recluida en una celda donde no se permiten las visitas. **Página 42.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – El peticionario debe probar que presentó la solicitud. **Página 34.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – La respuesta debe guardar correspondencia con el objeto de la solicitud. **Página 3.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – La respuesta debe ser enviada a la dirección suministrada por el peticionario. **Página 27.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – Las entidades públicas cuentan con dos meses para resolver los recursos en la vía gubernativa. **Página 15.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – Los reclusos no están excluidos de la garantía del artículo 23 de la Constitución. **Página 42.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – Si el marido presentó la solicitud es a él, y no a su consorte, a quien corresponde reclamar la protección. **Página 39.**

**DERECHOS DE PETICIÓN Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO** – La respuesta dada a la solicitud de corrección de las anotaciones en los folios de matrícula inmobiliaria no puede omitir el procedimiento establecido en el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos. **Página 8.**

**DESACATO DE TUTELA** – El fallecimiento de la persona interesada cierra cualquier posibilidad para su apertura. **Página 83.**

**INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA** – Al trabajador no le correspondía responder por el hurto de unos caballos de cuya estadía en la hacienda no tenía noticia. **Página 71.**

**JUEZ CONSTITUCIONAL** – No puede establecer fechas ciertas para el pago de la ayuda humanitaria. **Página 33.**

**JURISDICCIÓN DEL TRABAJO** – Los procesos de reorganización empresarial no inhiben su competencia en los asuntos de índole laboral. **Página 48.**

**MEJORAS CONSTRUIDAS EN TERRENO AJENO** – No hay lugar a su reconocimiento si las demandantes no demuestran que el dinero empleado en la edificación provino de su propio peculio ni tener la capacidad económica para levantar la obra cuyo costo reclaman. **Página 9.**

**NIVELACIÓN SALARIAL DE LOS DOCENTES** – La acción de tutela no es el medio para ordenarle al Gobierno nacional la expedición de un decreto con dicha finalidad. **Página 5.**

**NULIDAD** – El testimonio del menor en la cámara Gessel sin la presencia del juez no constituye vulneración al debido proceso. **Página 84.**

**NULIDAD POR CARENCIA TOTAL DE PODER** – El poder conferido para litigar faculta al apoderado para formular la demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario. **Página 57.**

**PAGO PARCIAL DE CESANTÍAS** – No puede hacerse, salvo la respectiva autorización, a través de títulos valores. **Página 58.**

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES** – La separación de hecho no impide su reclamación si el vínculo matrimonial persiste a la fecha del fallecimiento del pensionado. **Página 44.**

**PETICIONES ELEVADAS ANTE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS** – Casos en los cuales existe la obligación de responder. **Página 34.**

**PREACUERDO**- No puede ser aprobado cuando establece una rebaja de pena mayor a la consagrada para las personas capturadas en flagrancia. **Página 98.**

**PRESCRIPCIÓN DE LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN RETROACTIVO** – La obligación se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo. **Página 58.**

**PRESCRIPCIÓN DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS** – Bajo el régimen de la Ley 52 de 1975 y el Decreto 116 de 1976. **Página 58.**

**PRISIÓN DOMICILIARIA POR LA CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA** – A su concesión se oponen la gravedad de la conducta desplegada y la no demostración de la situación de abandono de la menor. **Página 92.**

**PROCESO DISCIPLINARIO** – La nulidad de las pruebas no implica la nulidad total o parcial del proceso mismo. **Página 22.**

**PROTECCIÓN LABORAL A LOS DISCAPACITADOS**- Es necesario demostrar que la persona fue calificada como tal y desvinculada por dicha circunstancia. **Página 63.**

**PRUEBA SOBREVINIENTE** – No es admisible cuando carece de significación en los resultados del proceso. **Página 88.**

**RECOBRO AL FOSYGA** – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él. **Página 6.**

**RECOBRO AL FOSYGA** – Por parte de las entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. **Página 13.**

**SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES** – No es desproporcionada para el adolescente que acepta cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y sus circunstancias individuales, familiares y sociales son perniciosas. **Página 37.**

**SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL** – Elementos a demostrar. **Página 75.**

**SUSPENSIÓN EN EL CARGO DE RECTOR UNIVERSITARIO** - La acción de tutela no es el camino adecuado para controvertir tal determinación. **Página 50.**

**UNIÓN MARITAL DE HECHO** – Que uno de los compañeros no reúna los requisitos de ley para triunfar en sus pretensiones no significa que carezca de legitimación para demandar. **Página 29.**

**VÍA DE HECHO POR DEFECTO FÁCTICO** - El juez debe ordenar la práctica de las pruebas de oficio cuando es menester hacerlo. **Página 41.**

#### **SALA CIVIL-FAMILIA:**

**DERECHO DE PETICIÓN** – La respuesta debe guardar correspondencia con el objeto de la solicitud.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-249 de 2001, T-508 de 2007, T-1130 de 2008 y T-667 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe al derecho sobre el que se invoca protección, hace parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo establecido de los hechos de la tutela y de la contestación allegada, el análisis a realizar se enfoca a determinar ¿Si se vulnera el derecho de petición cuando el requirente solicita información sobre la posibilidad de corregir una omisión en la inscripción al Concurso de Jueces y la respuesta se refiere a la imposibilidad de cambiar el cargo al cual se había inscrito?

Al efecto debe precisarse que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental de petición y su ejercicio frente a las autoridades que tienen la obligación de satisfacerlo, enfatizando que éste no se logra con el simple acuse de recibo de la petición, sino que debe dar una respuesta que comprenda el fondo del tema sometido a su consideración, requiriéndose además, su notificación de manera oportuna al interesado, imponiendo de éste modo, una obligación a cargo de la administración.

En este orden de ideas, se tiene que el derecho de petición comprende la facultad de obtener una respuesta y que, por supuesto, ella se emita en condiciones idóneas que permitan su conocimiento por parte del requirente, y que guarde correspondencia con lo solicitado, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable; desde luego, aquel se contrae a que la petición se tramite y resuelva oportunamente.

Ahora, la respuesta a las solicitudes hace parte del núcleo esencial del derecho de petición, razón por la cual, debe ser individual y dirigida a la persona que solicita la información a la administración. Sin embargo, existen ocasiones en donde es aceptable constitucionalmente que la respuesta a dichas solicitudes se haga de manera colectiva, a través de un escrito general a todos los peticionarios, lo que procede siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia T 508 de 2007...

Adicionalmente, la respuesta al derecho de petición debe ser suficiente, efectiva y congruente, puesto que dichos elementos se constituyen como fundamentales para garantizar el derecho constitucional. Así entonces, la suficiencia consiste en que se resuelva materialmente la petición, satisfaciendo los requerimientos del solicitante. La efectividad radica en solucionar el caso que se plantea. Por último, la congruencia exige que exista coherencia entre lo respondido y lo solicitado, lo cual permite que la solución se refiera a lo pedido y no sobre un tema semejante.

En el caso que nos ocupa, el señor EDUARDO OREJUELA SARRIA instauró derecho de petición ante el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA, con la finalidad de obtener información respecto de la posibilidad de corregir LA OMISIÓN que tuvo al momento de la inscripción en el concurso de méritos de jueces, toda vez que olvidó escoger el área y rotular el cargo al cual aspiraba. La UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL resolvió la solicitud del accionante, y si bien podría pensarse en la presencia de un hecho superado por carencia de objeto, lo cierto es que revisado el contenido de la respuesta emitida por la entidad accionada, en donde afirmó que: *“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en sección del día 17 de Octubre del presente año, decidió negar las peticiones de los aspirantes que solicitaron cambio de cargo, teniendo en cuenta que el que les aparece registrado en el listado de inscrito no*

*corresponde al de su aspiración”* (Negrilla y Cursiva fuera del texto); establece ésta Sala de Decisión que ella no satisface los requisitos de efectividad, precisión, claridad y congruencia que imperan en materia de respuestas a los derechos de petición, por cuanto no se produjo una respuesta tendiente a aclarar si es posible o no subsanar una OMISIÓN en el formulario de inscripción, ya que aquí no peticionaba el cambio de cargo.

A juicio de esta Corporación, la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL vulneró el derecho de petición, en la medida que con la respuesta a la solicitud del accionante no solucionó su situación particular, ni tampoco ella cumplía con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que quedara comprendida dentro de la respuesta general.

En consecuencia, se impone la protección de la mencionada garantía en sede de tutela, para lo cual se ordenará a la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, que en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de ésta providencia, proceda a resolver de fondo, concreta y congruentemente la solicitud planteada por EDUARDO OREJUELA SARRIA consistente en obtener información sobre la posibilidad de subsanar la omisión que presentó al inscribirse al concurso de meritos para jueces y a notificarle oportunamente la respuesta que se emita.

Tutela de primera instancia (T-025-14) del 17 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho fundamental de petición.

**NIVELACIÓN SALARIAL DE LOS DOCENTES – La acción de tutela no es el medio para ordenarle al Gobierno nacional la expedición de un decreto con dicha finalidad**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-972 de 2005, T-072 de 2008 y T-764 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico centra la discusión en ¿si la acción de tutela es el mecanismo para lograr que se ordene al gobierno nacional aplique a favor de los docentes una nivelación salarial del 8% a la que se comprometió?

Bajo tales circunstancias, de entrada advierte entonces esta Sala de Decisión, la improcedencia que rodea la presente acción de tutela, en consideración a que la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, proveniente del desconocimiento del compromiso que adquirió el Gobierno Nacional por conducto de la ministra de educación de turno, puede ser atacada mediante los medios de control establecidos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a los actos de carácter general.

En efecto, para la Sala no es procedente por vía de tutela ordenar una nivelación salarial a favor de la accionante, toda vez que esta acción no es el instrumento para conminar al Gobierno Nacional para que expida un Decreto que disponga el aumento de sueldo de los docentes, como lo pretende la actora.

En la secuencia de ideas así propuesta, la presente acción se torna improcedente en la medida que existen otros mecanismos de defensa judicial para proteger eficazmente los derechos que la accionante estima violados, de los que no se ha acreditado su empleo, con mayor razón cuando allí, desde el inicio, puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que le afectan. Así entonces, se reitera, dichos planteamientos deben debatirse frente al juez natural, mediante el procedimiento especial y en el escenario probatorio correspondiente, no en este breve y sumario que proporciona la tutela, como mecanismo residual.

Además la accionante no se encuentra abocada a un perjuicio irremediable, presupuesto necesario para la procedencia de la tutela o al menos acometer el estudio de fondo del asunto aquí esgrimido, pues actualmente se desempeña como docente en propiedad y por ende devengando su salario como tal; luego, no se encuentra en condiciones urgentes, inminentes o graves que autoricen a la Sala la suplantación del juez natural que debe resolver el asunto aquí planteado.

Son las anteriores razones, suficientes para negar la protección del amparo deprecado por YULY ZAPATA GONZALEZ.

**Tutela de primera instancia (T-027-14) del 19 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**RECOBRO AL FOSYGA – El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 100 de 1993; Resolución 548 de 2010; Resolución 5521 de 2013 (nuevo POS), artículos 29 y 132.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU.480 DE 1997, T-224 de 1997, T-159 de 2006 y T-780 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)El problema jurídico a resolver consiste en determinar si ¿es del resorte del juez constitucional determinar y cuantificar la responsabilidad económica del FOSYGA por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran el POS?

Específicamente, en el marco del régimen contributivo es constante, uniforme y reiterada la jurisprudencia constitucional que ha indicado que es posible inaplicar las normas referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, y en consecuencia, por vía de tutela se ordene la prestación de servicios médicos excluidos del POS. cuando se presenten los siguientes eventos: (i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) El medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar

el costo de los servicios médicos que requiera; y (vi) Estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, cuando se reúnen estrictamente los anteriores requisitos ha dicho la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que los jueces de tutela deben ordenar a las entidades prestadoras de los servicios de salud la asistencia médica requerida facultándolas para que repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el valor de todos los gastos en que hubieran incurrido por la prestación de los servicios médicos que no hacen parte de las obligaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud.

(...)Conforme a los citados criterios jurisprudenciales, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS. asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA).

Para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la EPS., accionada en razón del tratamiento ordenado, procede la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010, con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida EPS., con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela proferido en dicha instancia.

Ahora bien, frente al servicio de transporte en ambulancia, atención domiciliaria y servicio de enfermería se aclara que los mismos son procedimientos POS de conformidad con en la Resolución 5521 de 2.013 mediante la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud que contempla estos servicios en los artículo 29 y 132, y por tanto es deber de la Entidad Promotora de Salud ordenar los mismos una vez que exista las respectivas ordenes por parte de los médicos tratantes, puesto que en este caso está vedado al juez constitucional determinar la necesidad de la autorización de tales servicios, radicando la competencia exclusiva en los galenos tratantes.

Así las cosas, entendido que a la NUEVA EPS., le corresponde brindar el tratamiento integral a la paciente PAULINA RENGIFO es obvio que proceda el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), con el fin de que sea cubierta la erogación que tuvo o tiene que realizar la referida EPS., con ocasión del cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, así como para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud y deba prestar la NUEVA EPS., con excepción del servicio de transporte en ambulancia, atención domiciliaria y enfermería que debe suministrar previa orden médica porque como anteriormente se indicó, dicho servicio se encuentra incluido dentro del POS.

Sin embargo, considera pertinente la Sala aclarar que lo aquí decidido en ningún momento autoriza a la accionante y/o paciente solicitar ilimitadamente tratamiento integral a favor de su agenciado, sino que ello se circunscribe a los medicamentos, exámenes, procedimientos, terapias, valoraciones y demás

atención médica que requiera PAULINA RENGIFO en procura de su recuperación y que sea ordenada por los galenos en relación con las patologías o enfermedades que actualmente padece, las cuales han sido certificadas en el encuadernamiento.

En este orden de ideas, se modificará el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de diciembre de 2.013, por el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE PALMIRA (VALLE) y se confirmará en lo demás, el fallo materia de impugnación.

**Tutela de segunda instancia (T-031-14) del 20 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada.**

**DERECHOS DE PETICIÓN Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – La respuesta dada a la solicitud de corrección de las anotaciones en los folios de matrícula inmobiliaria no puede omitir el procedimiento establecido en el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 23 y 29; Ley 1579 de 2012, artículo 59; Código Contencioso Administrativo, artículos 6 y 33; Ley 1437 de 2011, artículo 14.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-928 de 2010, C-641 de 2002 y C-818 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)En consecuencia, corresponde determinar ¿si se vulneran los derechos fundamentales de petición y debido proceso administrativo cuando se solicita la corrección de las anotaciones del folio de matrícula inmobiliaria y la Oficina de Instrumentos Públicos omite adelantar el procedimiento diseñado en la ley para emitir la respuesta?

Iniciaremos por señalar que el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política se ha convertido en un instrumento que garantiza a los particulares obtener una información de las autoridades, conocer la razón de sus decisiones e inclusive contar con un sustento jurídico que les permita fiscalizar sus actos. Por medio de él, se permite acudir ante los funcionarios públicos o ante las organizaciones privadas en los términos que defina la ley, con el fin de obtener una pronta resolución a las solicitudes que se hayan presentado, sin desconocer el hecho evidente de que las entidades públicas, así como las entidades particulares, deben contar con un término razonable para resolver las peticiones que se le formulen por cualquier persona...

Igualmente, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue declarado inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, establece que:

**ARTÍCULO 14.** Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.”

(...)PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

Así las cosas, esta Sala encuentra que los hechos por los cuales se reclama protección constitucional, realmente se originaron en la omisión de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE TULUA, de atender una solicitud o una petición elevada por el actor, con el fin de obtener la actuación administrativa necesaria para corregir lo que en su parecer es un error en las inscripciones consignadas a partir de la anotación No. 8 en el folio de matrícula inmobiliaria 384-88752. En su lugar, la autoridad pública a través de un oficio dio una respuesta a ese pedimento negando por improcedente la petición de corrección, argumentando que dentro del trámite registral obró conforme a lo establecido en el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, cerrando la vía a la interposición de recursos contra tal decisión, pues como lo determinó la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO *“la respuesta contenida en el oficio del 07 de marzo del presente año, a diferencia del acto administrativo, no origina vía administrativa, por lo cual ella no puede ser objeto de los recursos administrativos ordinarios de reposición y apelación, así como del recurso extraordinario de revocatoria directa”*.

Lo anterior significa a no dudar, un desconocimiento del derecho fundamental de petición y del debido proceso administrativo por cuanto éste no sólo comprende una pronta respuesta sino el deber de ofrecer al interesado todos los medios necesarios para que ese requerimiento sea contestado en forma adecuada y por la autoridad competente (art. 33 C.C.A.).

Luego, la respuesta a emitir por parte de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS no se agotaba con la expedición de un oficio mediante el cual se negaba el pedimento sino que tratándose de la corrección de un folio de matrícula inmobiliaria éste obligatoriamente debía emitirse dentro del procedimiento administrativo establecido en el artículo 59 de la Ley 1579 de 2012, y en caso de no hacerse de tal manera procede concluir como acertadamente lo definió la falladora de primera instancia, se vulnera no sólo el derecho de petición sino el debido proceso administrativo. Este último enmarcado, entre otros, por los principios de eficacia, economía y celeridad, según lo establece el artículo 209 superior para el ejercicio de toda la función administrativa.

El debido proceso en actuaciones administrativas, al igual que en el caso de trámites judiciales, apunta a un mismo fin: la seguridad jurídica en beneficio del interés general. Para lograr esa seguridad jurídica y poder garantizar a los asociados la oportunidad de conocer y controvertir las decisiones de las autoridades, se requiere el cumplimiento de las reglas que la carta Política y la ley han establecido. En el presente caso se requería una actuación administrativa por parte de la accionada cumpliendo con los requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por tanto, esta Sala considera que se ha vulnerado, además del derecho consagrado en el artículo 23 constitucional, el derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Carta Política.

**Tutela de segunda instancia (T-032-14) del 20 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**MEJORAS CONSTRUIDAS EN TERRENO AJENO – No hay lugar a su reconocimiento si las demandantes no demuestran que el dinero empleado en la edificación provino de su propio peculio ni tener la capacidad económica para levantar la obra cuyo costo reclaman.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículo 739; Código de Procedimiento Civil, artículo 252.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de mayo de 1982.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se trata en este caso de acción ordinaria, encaminada a obtener el reconocimiento de mejoras a favor de las demandantes respecto de las construcciones efectuadas en el inmueble ubicado en la Calle 42ª No. 8-05 de la ciudad de Palmira, identificado con M.I. No. 378-079737, de propiedad del demandado JOSÉ ECCEHOMO AYALA RENTERÍA.

A este respecto debe destacarse que la norma sustantiva que se encarga de regular esta situación se encuentra establecida en el artículo 739 del Código Civil colombiano, según la cual:

**ARTICULO 739. <CONSTRUCCION Y SIEMBRA EN SUELO AJENO>. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.**

**Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.**

La norma en comento trae 2 supuestos: las construcciones efectuadas sin el consentimiento del dueño del terreno; y las construcciones con el consentimiento del propietario.

Precisamente para el evento de la presente litis, nos moveremos en la segunda hipótesis que trae la norma, referente a cuando las construcciones plantadas en terreno ajeno han sido con el visto bueno del propietario del lote de terreno.

Luego el problema jurídico que plantea la alzada, consiste en determinar si ¿se logró demostrar por las demandantes que las mejoras edificadas sobre el predio de que trata la demanda, fueron con dineros provenientes de su peculio?

(...)Pues bien, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala, a pesar de la vehemencia de las demandantes y su apoderada judicial, que en realidad la construcción de 5 pisos levantada sobre el lote de propiedad del demandado NO fue edificada con dineros fruto del trabajo de las demandantes.

En efecto, la primera circunstancia que lleva a la Sala a dicha conclusión, surge del conjunto de la prueba testimonial practicada, especialmente de las declaraciones de JAIME RENTERÍA HERNÁNDEZ, ARMANDO DE JESÚS VELÁZQUEZ, HERNEY RENTERÍA MILLÁN, testigos del demandado; y de ALFREDO CEBALLOS SUAZA, testigo de las mismas demandantes.

Todos ellos fueron contestes al afirmar que los dineros con que se construyó la edificación en realidad no provenía del patrimonio de las demandantes o al menos del de CONSUELO AYALA, toda vez que el mismo le era enviado a ella o a su padre, por sus otros hermanos radicados en el exterior. Dichas versiones están reforzadas con los medios de pruebas documentales.

2.1. Las pruebas testimoniales practicadas a instancia de las demandantes, atribuyen a la señora Consuelo múltiples actividades económicas, desde un negocio de bolsos y calzado, otro de alimentos concentrados, pollos y cerdos, e incluso de masajista y peluquera, pero lo cierto es que no se habla de una actividad económica en concreto, prolongada o al menos estable que permita inferir que aquella tenía la capacidad económica para adquirir los materiales y pagar toda la mano de obra que demandaba el levantamiento de una edificación de 5 pisos, como lo revelan las fotografías que se acompañaron con la demanda.

Respecto de la joven ANGELA MARÍA OCAMPO AYALA, baste decir, como lo precisó la juez de primera instancia, al ser muy joven para la época en que se construyó la edificación estaba ocupada atendiendo sus estudios, luego no resulta creíble que también tenga los ingresos suficientes para atender los gastos de una construcción de importancia como la reclamada.

Otro tanto de atención merece la circunstancia que la demandante, como lo sostienen DANIEL AUGUSTO PINEDA PUERTA y JAVIER HERNANDO SAAVEDRA LÓPEZ, estaba permanentemente al frente de la obra, manejando los trabajadores y pendiente de los requerimientos de materiales, de donde se advierte que concentraba sus esfuerzos y tiempo en la construcción, de modo que no tenía muchas posibilidades de ejercer actividades económicas que permitan justificar sus afirmaciones sobre el capital que invirtió en la construcción.

Pero lo que despeja toda duda al Tribunal sobre la verdadera capacidad económica de la demandante y bastón que significaba su hermano el demandado, es la carta que se aportó en copia con la contestación de la demanda, manuscrita por CONSUELO AYALA dirigida al juez de inmigración a cargo del proceso penal por cuenta del cual se tenía privado de la libertad al demandado JOSÉ ECCEHOMO AYALA RENTERÍA, en la que se lee:

*Octubre 21 de 2002*

*Señor juez, le pido el favor que me escuche. Lo hago con todo respecto (sic) y con todo el corazón. Estoy pasando momentos muy difíciles*

económicamente donde todas las necesidades indispensables no la puedo afrontar, tanto mi madre que necesita servicios medicos(sic) constante por su diabetes mi padre por su edad mi hija que tiene catorce años y esta estudiando en decimo(sic) soy separada desde hace doce años tengo cuarenta y seis años, mi hermano su esposa y su(sic) dos hijos una de siete años y un año mi hermano es juicioso pero no tiene trabajo constante. Vivimos en Colombia donde no hay oportunidades de trabajo mucha inseguridad y mucha ambre(sic). Después de Dios mi ayuda a(sic) sido mi hermano el cual ha sido muy constante de sentimientos nobles y deseoso de sacar la familia adelante. Señor juez soy muy trabajadora pero los gastos son mayores lo cual ahora que mi hermano esta privado de la libertad no me puede ayudar causando un trauma muy difícil para poder cumplir con las necesidades más indispensables como comida, pago de luz, agua y teléfono medicamentos y estudio para mi hija. (Subrayas de la Sala).

Señor juez ayudeme devolviendo a mi hermano a Colombia para tener su ayuda para que mi familia tenga una vida más digna.

Ayudeme por favor Dios me lo bendiga,

Atentamente,

Consuelo Ayala R.

Por supuesto, a dicha prueba debe otorgársele pleno valor probatorio, a voces del artículo inciso 4° del artículo 252 del estatuto adjetivo, según el cual los documentos privados, manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia con fines probatorios se presumen auténticos; más aun cuando su contenido no fue desconocido por la parte actora, de modo que lo que de él se establece resulta absolutamente creíble.

Todas las anteriores circunstancias se refuerzan con la multiplicidad de comprobantes de giros (87 en total) enviados desde el extranjero por los hermanos Ayala Rentería a las demandantes CONSUELO AYALA y ANGELA MARÍA OCAMPO AYALA y también a su padre (abuelo) quien a su vez les ayudaba económicamente, de donde se infiere una vez más que no fue con dineros del peculio de aquellas con que se edificó la construcción sobre el lote de propiedad del demandado.

No se compadece de las anteriores probanzas, una conclusión como la que alega la apoderada de las demandantes al sustentar su alzada, en el sentido que aquellas fueron quienes sufragaron los gastos de la construcción por un monto superior a los \$150.000.000. Por el contrario, las evidencias demuestran que CONSUELO AYALA ha sido una persona de escasos recursos económicos, que ha necesitado de la ayuda de sus hermanos incluyendo al aquí demandado ECCEHOMO, a su ex cuñado CARLOS ALBERTO OCAMPO BEDOYA y a su ex yerno ANDRÉS FELIPE ACOSTA RENTERÍA, quienes por demás manifestaron haberle prestado dinero, pero al ser preguntados sobre si la demandada se los había reembolsado en su totalidad advirtieron que no.

Finalmente, frente a la apelación del demandado por la condena de \$15.000.000.oo en su contra y que constituye el punto de discordia de su alzada, debe precisarse que habrá lugar a reducir dicha condena, como pasa a explicarse.

En efecto, las pruebas documentales revelan que entre los años 2010 a 2011, que fue la época en que el ex yerno de la Sra. Consuelo, ANDRÉS FELIPE ACOSTA RENTERÍA, les prestó los \$15.000.000.00 a aquella y su hija –novia-; a la demandante también de forma simultánea le seguían siendo enviados dineros desde el extranjero, especialmente desde Valladolid España, que sumados, como atrás se comprobó, arrojan la cantidad de \$8'251.781.

En consecuencia, si no está establecido que la demandada haya construido la edificación con dineros de su propio peculio, ni que hubiese invertido la totalidad del préstamo en la obra, y que por el contrario los dineros de que ella disponía era los que le enviaban sus hermanos desde el exterior, habrá lugar a hacer un cruce de cuentas entre el valor de los gastos de la construcción para esa época, debidamente comprobados en el proceso y que ascienden a \$12.498.278, versus las sumas correspondientes a dineros enviados, dado que solo es posible reconocer la diferencia entre los dos rubros.

Lo anterior además porque entre los años 2007, 2008 y 2009, todo apunta a que la demandante Consuelo no realizó compra de materiales para el inmueble, o al menos eso es lo que revela el expediente porque de ese interregno no se aportó ningún recibo ni factura de pago.

(...)En consecuencia, si la sumatoria de los recibos y facturas pagados por la demandante CONSUELO AYALA durante los años 2010 y 2011, ascendieron a la suma de \$12.498.278.00, mientras que los envíos efectuados por sus hermanos desde el extranjero para ese par de años (2010 y 2011) ascendieron a \$8'251.781, solo habrá lugar a reconocer la diferencia resultante de estos dos conceptos que corresponde a \$4.246.497 = (\$12.498.278 de gastos, menos \$8'251.781 de envíos)

Lo anterior por cuanto, como lo fue para la juez de primera instancia, para el Tribunal también resulta creíble que el señor ANDRÉS FELIPE ACOSTA, dada la relación de noviazgo que tuvo por esa época con la hija de la demandante, les haya entregado parte del préstamo que tramitó en Bancolombia, y cuya existencia la misma entidad corroboró con certificación que allegó al Juzgado. Sin embargo, las pruebas no revelan que las sumas erogadas por la actora CONSUELO AYALA para la construcción hayan sido por \$15.000.000 como lo sostuvo y como equivocadamente lo decretó la juez *a quo* sin examinar las pruebas aportadas demostrativas de una inversión menor, a la que deberá deducirse los dineros recibidos por la demandante a título de envíos desde el exterior, por no provenir de su peculio.

**Sentencia de segunda instancia (S-030-14) del 20 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada.**

**DERECHO A LA SALUD DE EXSOLDADO - A la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional corresponde cubrir los gastos de transporte y alojamiento para recibir tratamiento en ciudad diferente a la de su residencia/RECOBRO AL FOSYGA – Por parte de las entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-518 de 2006, T-246 de 2010 y T-481 de 2011; Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión del 10 de septiembre de 2009, con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)El problema jurídico a resolver se centra en determinar ¿si es procedente a través de fallo de tutela autorizar el cubrimiento de los gastos del servicio de transporte y alojamiento o estadía de una persona que prestó su servicio militar y padece una enfermedad auditiva así como de su acompañante cuando el tratamiento requerido fue autorizado en una ciudad diferente a la de su residencia?

Iniciaremos por reseñar que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), a través de los establecimientos de sanidad, deben garantizar el servicio de salud de manera tal que en cumplimiento de los principios de calidad y eficiencia, los afiliados puedan recibir la atención médica que requieren en los diferentes lugares del territorio nacional.

En efecto, la Sala destaca que aunque en principio corresponde al paciente o a su familia el cubrimiento de los costos de transporte, no se puede soslayar que si aquellos no cuentan con la capacidad económica y su remisión se torna necesaria, es obligación de las Entidades Prestadoras de los Servicios de Salud sufragar tales costos para evitar una mayor vulneración de los derechos fundamentales.

En este evento, estamos en presencia de un ex soldado del Ejército Nacional que sufre de "*Otitis Media Crónica bilateral*" y necesita estar en constantes chequeos médicos a fin de que le traten dicha patología, para la cual debe trasladarse del municipio de Cartago (V) hacia la ciudad de Bogotá, lugar designado por Sanidad del Ejército Nacional para que los médicos especialistas traten su padecimiento.

Además, conforme con lo reseñado por el accionante en el escrito de tutela, actualmente se encuentra desempleado, vive con sus padres y hermanos en un inmueble de estrato 1 en el municipio de Cartago (V), familiares que laboran ocasionalmente, por lo tanto, al no haberse allegado prueba en contrario se tiene como cierto que su familia no cuenta con los recursos económicos para financiar los costos que supone su traslado y asistencia en la capital del país.

Así las cosas, cumplidos los requisitos trazados por la Corte Constitucional procede conceder el amparo deprecado, y en consecuencia se ordenará a la entidad prestadora del servicio de salud, asumir los gastos de transporte y alojamiento del quejoso, en protección del derecho fundamental a la salud, con mayor razón cuando en este trámite no se recibió respuesta por parte de las entidades accionadas y de los anexos allegados al plenario resulta evidente que la rehabilitación del actor en la actualidad sólo se puede lograr en la ciudad de Bogotá.

Baste precisar que esta orden no está encaminada a que se establezca un vínculo de trabajo y se le reconozca un salario periódico al accionado, sino que en búsqueda de hacer efectiva la prestación del servicio a la salud, la accionada debe cuando sea procedente, sufragar los costos de desplazamiento del accionante por tratarse de una persona enferma carente de recursos para ello.

Empero, como de la historia clínica aportada y de lo informado por el accionante, se observa que puede valerse por sí mismo, y por ende no requiere de acompañamiento para el acceso a los servicios médicos, éste pedimento será denegado.

Por tanto, considera esta Sala de decisión que el mandato de brindar al accionante el tratamiento integral a cargo de SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, resulta necesario y pertinente, toda vez que el fallo de tutela no se puede agotar en la simple orden para que se autorice el transporte del paciente, pues es palmario que esto, no constituyen el tratamiento completo necesario para la enfermedad que padece, y el Juez constitucional no puede permitir, que para cada diligencia, etapa o paso que requiera el tratamiento de una enfermedad se compela al afectado a instaurar una acción de tutela, como de hecho lo pone de manifiesto la avalancha de tutelas contra los encargados de velar por la adecuada prestación de salud en los distintos regímenes de salud, por tanto, la entidad accionada además de asumir el costo en que se incurra con ocasión del aludido desplazamiento, deberá prestar a la accionante todo el tratamiento integral que se derive de la enfermedad "*Otitis Media Crónica Bilateral*" padecida por éste, aún en aquellos casos que lo requerido exceda los contenidos de las directrices dispuesta por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares o cualquiera de los Comités de dicho régimen.

Y aunque la orden de tratamiento integral no comprende la atención de otras enfermedades que no han sido la causa de la acción de tutela, se advierte, que mientras la persona este afiliada al sistema de seguridad social y cumpla con sus obligaciones está en el derecho de obtener la asistencia indispensable para recuperar su salud, y la entidad afiliadora en la obligación de atender la demanda de tales servicios, pues el no hacerlo constituye un grave incumplimiento de sus obligaciones.

Por último, como a SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, le corresponde brindar el tratamiento integral al paciente JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA, es obvio que proceda el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), con el fin de que sea cubierta la erogación que tiene que realizar la referida entidad, con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela así como para aquellos tratamientos, medicamentos y/o procedimientos que no se encuentren incluidos en las directrices dispuesta por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares o cualquiera de los Comités de dicho régimen.

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se puede concluir, que cuando se le impone a SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de esa entidad y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA), haciéndose extensiva esta regla al sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

En este orden de ideas, se hace pertinente ordenar a la DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, cubrir los gastos del servicio de transporte y alojamiento de JUAN CARLOS CASTAÑEDA VALENCIA y el tratamiento integral para la patología denominada "*Otitis media crónica*"

*bilateral*”, con facultad de recobro ante el FOSYGA, a fin de proteger los derechos fundamentales del accionante.

**Tutela de primera instancia (T-033-14) del 24 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: concede la protección solicitada.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE REVOCA UN NOMBRAMIENTO EN ASCENSO – No procede cuando está sin resolver el recurso contra él interpuesto/DERECHO DE PETICIÓN – Las entidades públicas cuentan con dos meses para resolver los recursos en la vía gubernativa.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Contencioso Administrativo, artículo 60.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-929 de 1993 y T-086 de 2007.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) Considera esta Sala de Decisión que en principio, en el asunto *sub examine*, la acción de tutela se torna improcedente por una potísima razón: aún no se ha resuelto el recurso de reposición en subsidio apelación que el actor interpuso, contra la resolución *No. 001138 del 30 de abril de 2013* que revocó el nombramiento en ascenso en el cargo de inspector.

En efecto, del estudio de la foliatura se advierte que mediante oficio 8200 DICIV obrante a folios 40 a 41 del cuaderno principal, se informa al accionante en *“respuesta al recurso de reposición”*, se dispuso enviar petición a la Comisión Nacional del Servicio Civil, advirtiéndole que una vez esa entidad *“adopte la decisión y si consiste en no excluirlo de la Lista de Elegibles, se decidirá sobre el nombramiento para proveer las vacantes que se presenten en el cargo de Inspector de lo contrario su solicitud será negada”* sin que se haya expedido el respectivo acto administrativo resolviendo el recurso interpuesto, circunstancia que como se dijo, en principio haría nugatoria la acción de tutela, en tanto dentro del escenario propio administrativo aún se encuentra pendiente un recurso por resolver.

Sin embargo, las entidades estatales cuentan con términos establecidos legalmente, para resolver los recursos interpuestos en la vía gubernativa. En consecuencia, debe determinar esta Sala de decisión, ¿si habiendo a la fecha de interposición de la tutela transcurrido más de dos meses desde cuando el actor interpuso los recursos de reposición en subsidio apelación LA DIRECCION GENERAL DEL INPEC sin obtener resolución, se ha vulnerado el derecho de petición?

Al efecto, cabe precisar que han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en donde ha establecido que la omisión de resolver los recursos contra resoluciones en materia administrativa, dentro de los 2 meses siguientes a su interposición, vulnera el derecho de petición del interesado.

Por tanto, la configuración del silencio administrativo negativo consagrado en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cuando

transcurridos 2 meses contados a partir de la interposición de los recursos de apelación y reposición no se ha notificado decisión expresa sobre los mismos, debe entenderse que la petición fue negada, no satisface el ejercicio del derecho de petición.

Así las cosas, es claro que cuando la administración no resuelve los recursos de la vía gubernativa presentados oportunamente, quebranta el derecho fundamental de petición, la ocurrencia del silencio administrativo negativo no satisface dicha garantía fundamental.

Aplicando los anteriores lineamientos jurisprudenciales al caso que plantea la impugnación, bien pronto se advierte que habrá de revocarse el fallo de primera instancia, para conceder la acción de tutela por vulneración del derecho de petición del accionante, toda vez que a la fecha han transcurrido más de 2 meses desde cuando se interpusieron los recursos sin que se hayan resuelto.

Efectivamente, tras la notificación de la resolución objeto de discusión dentro del trámite constitucional, el accionante, mediante escrito de fecha 16 de julio de 2013 interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, por tanto, los dos meses con que contaba LA DIRECCION GENERAL DEL INPEC para resolver vencieron el 16 de septiembre de 2.013, y como no se acreditó la resolución oportuna por cuanto la comunicación en la cual se informa al accionante la petición realizada a la Comisión Nacional del Servicio Civil *per se* no puede ser entendida como una resolución al recurso interpuesto, es evidente la vulneración del derecho fundamental de petición.

En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (V) para conceder en su lugar conceder protección de la mencionada garantía en sede de tutela, para lo cual se ordenará a la DIRECCION GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL Y PENITENCIARIO que en dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ésta providencia, proceda a resolver de fondo el recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por CRISTIAN JIMENEZ MORALES, contra la resolución que revocó el nombramiento en ascenso en el cargo de inspector y además le sea notificada oportunamente la respuesta que se emita.

Tutela de segunda instancia (T-033-14) del 26 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la decisión impugnada.

**ACCIÓN DE TUTELA** – Por ella, ni por el proceso ejecutivo, se cuestiona la legalidad de las cuotas ordinarias de administración impuestas por las asambleas de copropietarios.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 675 de 2001, artículo 25, numeral tercero.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-1009 de 2000, C-782 de 2004 y T-189 de 2005.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Al rompe emerge la conclusión de que la sentencia de única instancia sobre la cual gravita la queja tutelar objeto de examen no exterioriza una sola de las

denominadas CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES [antes denominadas VIAS DE HECHO], toda vez que dicha providencia se encuentra fincada en una razonable interpretación sobre la naturaleza de la excepción a través de la cual VIVIANA MORENO PLAZA discute la legalidad de las cuotas ordinarias de administración que la Asamblea de Copropietarios del conjunto campestre “PARCELACION EL DORADO”, bajo cuyo tamiz concluyó que si dicha señora [demandada en el proceso ejecutivo tantas veces citado, y ahora accionante en el presente trámite constitucional] no estaba conforme con esa decisión colegiada ha debido acudir a la vía procesal indicada para impugnarla, refiriéndose por supuesto al proceso abreviado de “...*impugnación de actos de asamblea, juntas directivas o de socios...*” consagrado en el artículo 421 del C. de P. Civil, escenario ciertamente indicado para cuestionar determinaciones como la que aquí se examina (sentencias T-009 de 1993, T-120 de 1993 y T-543 de 1995).

Adicionalmente al fundamento basilar de la decisión del juzgado accionado que suscita la solicitud de amparo constitucional incoado por la señora VIVIANA MORENO PLAZA, la Sala considera pertinente anotar que el hecho de que mediante sentencia C-782 de 2004 la Corte Constitucional haya declarado exequible la fórmula diseñada por el legislador en el artículo 25-3 de la Ley 675 de 2001 [“COEFICIENTES DE COPROPIEDAD”] para la determinación del “...*índice de participación con que cada uno de los propietarios de bienes privados ha de contribuir a las expensas comunes del edificio o conjunto, mediante el pago de cuotas ordinarias y extraordinarias de administración...*” no significa -como insistentemente se plantea en el escrito incoatorio de la tutela *subdiscussio*- que a los copropietarios les está proscrita la posibilidad de acordar un mecanismo diferente para efectos de establecer el *quantum* de las expensas y cuotas en comento, pues no de otro modo se entiende que el precepto legal acabado de mencionar haya consagrado expresamente la posibilidad de que las cuotas de administración también puedan ser fijadas por aquellos “...de acuerdo con los módulos de contribución en la forma señalada en el reglamento...”. Por modo que la imputación de “*ilegalidad*” que la accionante le formula a las cuotas ordinarias de administración aprobadas en asamblea de copropietarios celebrada el 8 de julio de 2001 (folio 74 vto. cdo. 2o) cae en el vacío.

No sobra destacar, finalmente, que el atrás reseñado discernimiento de la jueza accionada, como obra humana que es, puede ser objeto de críticas o reparos. Es más: frente al mismo es posible proponer lecturas, análisis o interpretaciones que a lo mejor resulten igual o hasta más atendibles. Pero de ahí a sostener que el análisis jurídico de aquella funcionaria solo puede ser concebido como un juicio descabellado o huero de todo respaldo probatorio o jurídico, hay una abismal diferencia.

Por modo que así la Sala discrepara de la tesis admitida por la juzgadora de instancia, que no es el caso, ni siquiera esa disonancia sería motivo para calificar como absurda la referida providencia. En tales condiciones, como ya se dijo, el amparo constitucional incoado no tiene vocación de prosperidad. Y como a ese mismo corolario arribó la jueza constitucional de primer grado, la sentencia impugnada reclama confirmación integral en ésta instancia superior.

Tutela de segunda instancia (T-2014-098) del 4 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la decisión impugnada.

**DERECHO AL HABEAS DATA Y REHABILITACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS – Su protección exige que el interesado, de manera previa, haya elevado petición a la entidad correspondiente.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 15; Decreto 2241 de 1986, artículo 71.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-131 de 1998, T-262 de 2002, T-900 de 2004 y T-978 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe al derecho sobre el que se invoca protección, hace parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política.

Luego y de acuerdo a lo establecido de los hechos de la tutela y de la contestación allegada, el análisis a realizar se enfoca a determinar si ¿Se cumplen los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental de hábeas data cuando el accionante después de seis años de que su cédula de ciudadanía fue dada de baja en el censo electoral, no ha realizado el trámite administrativo previsto en la ley para la rehabilitación de sus derechos políticos?

Al efecto debe precisarse que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en establecer que para la protección del derecho fundamental de hábeas data, es necesario que el actor haya agotado el requisito de procedibilidad, consistente en haber elevado solicitud previa a la entidad correspondiente, con la finalidad de corregir, aclarar, rectificar o actualizar los datos o la información que tiene sobre él.

Por tanto, conforme lo determina el artículo 15 de la Constitución Nacional para la efectividad y materialización del derecho de Hábeas Data es necesario el ejercicio del derecho fundamental de petición por cuanto aquella persona que pretenda conocer, actualizar o rectificar sus datos o informaciones, debe solicitar a la entidad pública o privada que proceda de conformidad con su petición.

En el caso que nos ocupa, el accionante reclama protección de sus derechos fundamentales porque fue excluido del censo electoral debido a que a su cédula de ciudadanía fue dada de baja por pérdida o suspensión de derechos Políticos según resolución No. 4731 del año 2007, expedida por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

No obstante, el accionante no demostró ni allegó prueba alguna sobre la interposición del derecho de petición tendiente a lograr la rehabilitación de sus derechos políticos conforme con el procedimiento establecido en el artículo 71 del Decreto 2241 de 1985, el cual determina que es necesario elevar una petición escrita ante los Registradores Municipales informando el cumplimiento de la pena o la inexistencia de condenas en su contra, acompañada de los documentos que certifiquen tal situación, para lo cual, los despachos judiciales correspondientes deben entregar al interesado los autos mediante los cuales se certifica el cumplimiento de la pena o la inexistencia de un proceso penal en su

contra, y una vez entregada la documentación a la Registraduría, previa revisión de la misma, se proceda a la rehabilitación de derechos solicitada.

Por tanto, en el asunto *sub examine*, no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, al no haberse agotado el procedimiento administrativo diseñado por el legislador con el fin de garantizar el derecho de defensa y la autoridad actúe bajo el principio de la legalidad.

Así las cosas, no existe duda que el accionante cuenta con un trámite administrativo a través del cual puede rehabilitar sus derechos políticos. Si bien podría pensarse que por estar próximas las elecciones parlamentarias estamos frente a un perjuicio irremediable, lo cierto es que tal perjuicio era previsible para el accionante desde hace varios años y por negligencia no adelantó las actuaciones legales tendientes a rehabilitar sus derechos de ciudadano y a rectificar la información que versa sobre él.

A lo que se une que tampoco se cumple con el requisito de inmediatez, puesto que de conformidad con la jurisprudencia constitucional la acción de tutela no puede instaurarse en cualquier momento sin atender a la época en que ocurrió la acción u omisión que da origen a la violación o amenaza de los derechos fundamentales, razón por la cual, es necesario que la acción de amparo se promueva oportunamente dentro de un término razonable, después de la ocurrencia de los hechos que motivaron la vulneración de los derechos.

Siendo ello así, el accionante no tiene ningún motivo válido para justificar su inactividad durante nueve años en lo referente a agotar otros procedimientos distintos que oficiar a la entidad accionada, toda vez que según el escrito allegado a éste despacho judicial por parte del solicitante, manifiesta que desde el año 2005 su cédula fue dada de baja del censo electoral por suspensión o pérdida de los derechos políticos y sólo hasta el mes de febrero de 2014 presentó esta acción de tutela en contra de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, cuando faltan pocos días para las elecciones parlamentarias.

A juicio de esta Corporación, no habiéndose acreditado los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela, dichas circunstancias imponen la negatoria de la protección constitucional solicitada.

**Tutela de primera instancia (T-036-14) del 5 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA QUE RESUELVE LA CONSULTA DEL DESACATO – La decisión de revocar la sanción impuesta por la imposibilidad de cumplir la orden no es arbitraria ni constituye vía de hecho.**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-086 de 2003, T-1113 de 2005 y T-512 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el evento *sub examine* la accionante MIRYAM MARIA MONDRAGON, pretende que por ésta vía se reverse la decisión proferida en consulta de incidente de desacato por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ROLDANILLO (V), y en consecuencia proceda a confirmar la sanción impuesta por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE BOLIVAR (V).

Sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia para la acción de tutela debe precisarse que se encuentran cumplidos a satisfacción, pues además de que la última decisión es del 06 de febrero de 2014 y por ende no supera los 6 meses –inmediatez-; dentro del proceso ya se agotaron todos los recursos al alcance de la accionante –subsidiariedad-.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos que quedaron expuestos, debe la Sala determinar ¿si el juzgado accionado, al proferir la providencia 06 de febrero de 2014, que revocó en grado jurisdiccional de consulta la sanción de arresto y multa a la Secretaria de Desarrollo Institucional del Valle del Cauca ordenada en el auto del 20 de enero de 2014 por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE BOLIVAR (V), vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la actora?

Descendiendo al caso bajo estudio, encontramos que mediante fallo emitido el 11 de abril de 2012 el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar (V) tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida digna de MYRIAM MARIA MONDRAGON y en consecuencia ordenó “A la Secretaria de Desarrollo Institucional del Valle del Cauca, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo reconozca y pague con cargo al FONDO DE PASIVO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD, la pensión de sobrevivientes causada por el señor CONRADO DE JESUS ORREGO RODRIGUEZ, quien en vida se identificara con la cédula de ciudadanía número 2.481.637 de Bolívar Valle, fallecido el 21 de diciembre de 1989, a favor de la señora MIRYAM MARIA MONDRAGON, identificada con cédula de ciudadanía No. 29.184.200 de Bolívar Valle, incluyendo todos los meses de retroactivo y sus mesadas adicionales desde la muerte del señor CONRADO DE JESUS ORREGO RODRIGUEZ, las que deberán ser pagadas, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”, posteriormente y argumentando en lo estructural que la accionada desacató la orden de tutela al proferir la resolución No.0946 del 08 de octubre de 2012, donde aplicó sobre el retroactivo la prescripción trienal establecida en la ley, sin dar estricto cumplimiento a la orden emitida por ese despacho, impuso sanción de arresto y multa a la accionada.

El grado jurisdiccional de consulta del fallo referido en precedencia, fue decidido por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ROLDANILLO (V), mediante providencia emitida el 06 de febrero de 2014, en el sentido de revocar la providencia objeto de consulta. A esa determinación llegó tras considerar en primer lugar que la orden en tutela estaba dirigida a reconocer y pagar con cargo al FONDO DE PASIVO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD, la pensión de sobreviviente multicitada, incluyendo todos los meses retroactivos y mesadas adicionales con sus correspondientes intereses moratorios, sin que existiera vinculación en el trámite de tutela de los ministerios de SALUD ni CREDITO PUBLICO, ni de las secretarías departamentales de SALUD y HACIENDA, encargadas de administrar tales recursos y los contratos de concurrencia, por tanto ella era inoponible a dichas entidades, además de tratarse de una orden de imposible cumplimiento para la sancionada, quien ante el temor de la sanción reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente no con cargo al FONDO DE PASIVO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD, sino con cargo a recursos propios del ente territorial.

Bajo este contexto, esta sala de Decisión no advierte en la decisión cuestionada vía de hecho, en la medida que para su adopción, el juzgado en el grado

jurisdiccional de consulta, realizó una interpretación razonable, con apoyo en la normatividad y precedente jurisprudencial aplicable al asunto, verificó los requisitos establecidos dentro de las facultades otorgadas en materia de desacato de tutela, llegando a la conclusión que la sancionada se encuentra en imposibilidad de cumplir el fallo de tutela, actividad que no puede ser descalificada por el Juez Constitucional.

Luego, los fundamentos en los que se edificó la providencia judicial con las que se revocó la sanción de arresto y multa a la SECRETARIA DE DESARROLLO INSTITUCIONAL DEL VALLE DEL CAUCA, no revelan arbitrariedad o capricho, ni desconoce la cosa juzgada constitucional, cuestión que impide sostener entonces, que en esa actividad se hubiera incurrido en la vía de hecho denunciada, único supuesto que, repetidamente se ha señalado, le permite obrar al mecanismo excepcional interpuesto respecto de providencias o actuaciones judiciales.

Al efecto debe precisarse que al Juez constitucional, desde la limitada competencia que le otorga un mecanismo subsidiario como la tutela, no le es dable fungir como Juez de instancia abrogándose competencias que no le corresponden, y mucho menos cuando la decisión adoptada, como en el caso de autos, no se enmarca dentro de ninguna de las causales de procedencia previstas por el Alto Tribunal cuando se cuestionen decisiones judiciales, razón por la cual, no resulta de recibo, pretender ejercer esta expedita vía, como una herramienta adicional, como erradamente lo pretende la accionante, situación que cierra el paso a la vía del amparo constitucional e impone su negatoria.

**Tutela de primera instancia (T-037-14) del 5 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**PROCESO DISCIPLINARIO – La nulidad de las pruebas no implica la nulidad total o parcial del proceso mismo.**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU.159 de 2002, T-530 de 2002 y T-112 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como de manera reiterada lo ha precisado la jurisprudencia vernácula, si quien pide el amparo constitucional ha tenido al alcance un instrumento legal para la defensa de sus derechos e intereses -y no ha hecho uso del mismo- no puede luego interponer una acción de tutela con el fin de subsanar su negligencia.

Así, quien ha sido vinculado a una actuación administrativa o judicial, o ha intervenido en ella como tercero, no puede alegar la violación de su derecho de defensa cuando se ha abstenido de utilizar los mecanismos de ley, pues lo contrario supondría alegar la propia culpa a su favor.

Al examinar las copias del proceso disciplinario seguido en contra de los aquí accionantes (entre otros) prontamente se advierte que éstos se han abstenido -al menos hasta el momento en que presentaron la tutela- de impugnar al interior de dicho proceso el auto que suscita su queja constitucional [de fecha 10-02-2014] a pesar que en la parte resolutive del mismo se consignó expresamente que, en su contra “...procede el recurso de reposición ante ésta instancia, para lo cual

*cuenta con el término establecido en el artículo 111 de la ley 734 de 2002...*" (folio 291 fte. cdo. #2).

Síguese, entonces, que los aquí accionantes no pueden acudir a la tutela con el designio de cuestionar la tantas veces citada providencia, pues en el decurso del proceso disciplinario que se adelanta en su contra han contado con el instrumento legal apropiado para ello. Y en vez de hacer uso de este han decidido acudir al amparo constitucional como si éste fuese un mecanismo alternativo -acaso precursor de un paralelismo judicial que la doctrina de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional han rechazado enérgicamente en muchedumbre de pronunciamientos- del cual se puede hacer uso según el gusto de quien lo invoca.

Desde esta perspectiva es claro que el amparo constitucional materia de examen no cumple con el requisito genérico de procedibilidad denominado "SUBSIDIARIDAD", y en tales condiciones no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien: aunque las cosas se vieran al margen del presupuesto antes mencionado, necesariamente se vuelve a lo que acaba de decirse, esto es, a que la solicitud de tutela sub discussio no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la denunciada (por los accionantes) incorporación de "...*pruebas nulas*..." al proceso disciplinario seguido contra ellos JAMAS PUEDE CONDUCIR A LA NULIDAD TOTAL O PARCIAL DE DICHO PROCESO, que es cuanto pretenden, toda vez que -de ser cierta tal situación- la nulidad afectaría exclusivamente la prueba, que no al proceso. Por lo cual, es al momento de analizar el poder suasorio de tales probanzas, o sea, en el fallo, donde corresponderá determinar si ellas fueron introducidas o practicadas con violación debido proceso, para -de comprobarse ello- excluirlas como soporte de la decisión que haya de adoptarse.

Tutela de primera instancia (T-2014-146) del 7 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la tutela solicitada.

**DERECHO A LA SALUD – La mora en el pago de los aportes no es motivo para que las EPS interrumpan la continuidad en el servicio/DERECHO AL MÍNIMO VITAL – El retiro del servicio por reconocimiento de la pensión de vejez cuando esta constituye el único sustento del pensionado exige, de manera previa, la verificación de la efectiva inclusión en nómina.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 49.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 562 de 1999, T-181 de 2000, T-170 de 2002, T-1008 de 2003 y T-496 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que el señor WILMAR ACOSTA RODRÍGUEZ acudió a consulta externa en el HOSPITAL SANTA CRUZ, debido a que padecía un cuadro crónico de dolor en el área inguinal izquierda. En consecuencia, el médico tratante determinó que el accionante tiene una Hernia Inguinal Izquierda Grande, razón por la cual, debe ser visto por el médico

especialista para realizarle los exámenes pertinentes y de ser necesario, practicarle cirugía. No obstante, la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. se niega a continuar prestando los servicios médicos requeridos por el accionante, bajo el argumento de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES se encuentra en mora en el pago de sus aportes a salud.

Conforme a la citada jurisprudencia es válido sostener que la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S., no podía suspender abruptamente la prestación del servicio de salud a WILMAR ACOSTA RODRÍGUEZ, puesto que con tal actuar puso en riesgo la salud de aquél, debiendo entonces, como en efecto se ordenó por el juez de primera instancia, garantizar la continuidad de tal servicio, ya que el no pago de los aportes a salud se dio por causa ajena a la voluntad del usuario.

Desde esta perspectiva el derecho a la salud, dado su carácter de fundamental, tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, inclusive, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

En ese orden de ideas, no cabe duda que en los regímenes de salud, contributivo y subsidiado, los primeros llamados a garantizar el desarrollo del derecho fundamental son las E.P.S., a quienes les corresponde gestionar lo pertinente para cubrir las contingencias que, respecto a la salud, presenten sus afiliados. Hasta aquí, se impone confirmar el fallo de primera instancia, en cuanto tuteló el derecho a la salud del accionante y ordenó prestarle inmediatamente los servicios que requiere.

En cuanto al segundo problema jurídico, resulta necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad *inmediatez – subsidiariedad* que demanda el estudio y la viabilidad de la acción de tutela. Frente al primero, basta con decir que al momento de interposición de la acción constitucional sólo habían transcurrido tres meses desde que se profirió el acto administrativo de desvinculación; y en cuanto a la subsidiariedad, es reiterada la jurisprudencia en advertir que para controvertir actos administrativos que disponen el retiro de servidores públicos, por el cumplimiento de la edad de retiro de forzoso, habida consideración de que gozan de presunción de legalidad, deben ser demandados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Empero, en el presente asunto median condiciones especiales, que tornan procedente la acción de tutela e ineficaz el medio judicial referido, por cuanto i) el salario constituía la única fuente de ingresos del accionante, de manera que su desvinculación implicó la pérdida absoluta de sus recursos; ii) se encuentra demostrado que es una persona de una edad avanzada, sin más recursos que los que le brindaba su salario, y iii) la pensión de vejez aunque fue reconocida, fue recurrida y no se ha efectuado la inclusión en nómina.

Ahora bien, demuestra el informativo que el accionante derivaba su sustento del salario que percibía como empleado de la E.S.E. HOSPITAL SANTA CRUZ, de manera que a partir de su retiro quedó totalmente desprovisto de recursos económicos, los cuales requiere para solventar sus necesidades básicas, dado que su sostenimiento sólo lo puede financiar con el pago de su salario o con la pensión de jubilación correspondiente. A lo que se une, que una vez fue

notificado personalmente de la resolución mediante la cual se reconoció su pensión de vejez, presentó impugnación dentro del término legal, sin que COLPENSIONES haya emitido algún pronunciamiento, o haya materializado su inclusión en nómina de pensionados.

Y si bien la desvinculación de un servidor por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso constituye una medida legal, ella no es absoluta, y por tanto, no puede adoptarse de manera automática como en efecto lo realizó la entidad acusada, dado que en todo caso conforme lo ha determinado la Corte Constitucional debe garantizarse la “*remuneración vital*” mediante el cumplimiento del requisito adicional de la notificación de inclusión en nómina de pensionados.

En el *sub lite*, denotan los documentos obrantes en los folios 2 y siguientes del cuaderno de tutela, que si bien es cierto existe un reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución del 30 de junio de 2013, también lo es que la misma fue recurrida y sirvió de soporte a la motivación concentrada en la Resolución No. 122 de septiembre 03 de 2013 expedida por la E.S.P. HOSPITAL SANTA CRUZ, mediante la cual se retira del servicio activo al accionante a partir del 5 de septiembre de 2013, sin embargo, no se verificó la notificación de la inclusión en nómina respectiva, ni el pago de la mesada pensional, infiriendo que la misma se realizaría a partir del mes de septiembre de 2.013, sin confirmar que efectivamente la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES cumpliera con esa carga.

Por tanto, el disfrute de la pensión de jubilación que tornaría la medida de retiro razonable y proporcional por cuanto representa otra fuente de sostenimiento para el accionante, no se ha verificado por situaciones que no son imputables a él.

En ese sentido, debió existir una valoración subjetiva por parte de la E.S.P. HOSPITAL SANTA CRUZ sobre las especiales condiciones del accionante, pues si bien cumplía con la edad de retiro forzoso, no se verificó su efectiva inclusión en nómina de pensionados antes de desvincularlo, dejándolo en un estado de vulnerabilidad, pues no cuenta con los recursos que le permitan garantizar su mínimo vital.

Por último, en lo referente al desacato a la orden de tutela por parte de la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S, es preciso señalar que tal situación debe resolverse a través del incidente respectivo y ante el JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE TULUÁ, que fue quién profirió la decisión.

Basten entonces los anteriores argumentos para confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 23 de enero de 2014, por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE TULUA (VALLE DEL CAUCA) respecto de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo. En lo referente al numeral quinto, se revoca y en su lugar se ordena al E.S.E. HOSPITAL SANTA CRUZ que en un plazo máximo de cinco días contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reintegrar al accionante a un cargo similar o mejor del que venía desempeñando, con su obvia inclusión en nómina, hasta tanto se garantice el pago de su mesada pensional por parte de COLPENSIONES.

**Tutela de segunda instancia (T-038-14) del 10 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia impugnada y confirma en lo restante.**

**ANULACIÓN DEL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO – Se somete al respectivo proceso judicial, y no al trámite de la tutela/DERECHOS A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA MUJER GRÁVIDA – La mujer embarazada debe acceder a los servicios de salud aunque no tenga documento de identificación.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 49; Decreto 1260 de 1970, artículo 89.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T086 de 2007, T-088 de 2008 y T- 096 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)En cuanto al segundo problema jurídico, obra dentro del expediente que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL le informó a la solicitante que debía acudir ante el juez correspondiente, para seguir el trámite judicial tendiente a anular el registro civil de nacimiento que sirvió de base para la expedición de su cédula No. 38792269 de Tuluá (Valle del Cauca) a nombre de MONICA ALEJANDRA JARAMILLO.

En efecto, los argumentos de la entidad accionada tienen fundamento legal en el artículo 89 del Decreto 1260 de 1970 que consagra: “*Las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados, en los casos del modo y con las formalidades establecidas en este Decreto.*” (Negrilla fuera del texto). A su vez, el artículo 95 de la misma norma establece: “*Toda modificación de una inscripción en el registro del estado civil que envuelva un cambio de estado, necesita de escritura pública o decisión judicial firme que la ordena o exija, según la ley.*” (Negrilla fuera del texto).

Luego, como la acción de tutela se rige por el principio de subsidiariedad, el cual reclama que la parte que acude a la protección de sus derechos, no cuente con otro recurso o mecanismo ordinario de defensa judicial efectivo e idóneo, y además que habiéndolo tenido a su alcance, haya hecho uso de él o ellos oportunamente, pues se constituye en un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus asuntos procesales, so pena que la tutela resulte improcedente, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quién alega la vulneración, se haya visto privado de la posibilidad de dichos mecanismos, dicha circunstancia debe aparecer debidamente acreditada.

En consecuencia, considera ésta Sala de Decisión que en el asunto *sub examine*, no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad por cuanto la accionante debe adelantar un proceso judicial para que se decida sobre la nulidad de su registro civil, trámite que aún no ha realizado según las pruebas aportadas dentro de la acción constitucional. Por lo tanto, si la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL en su respuesta ordenó a la accionante adelantar el proceso de anulación del registro civil de nacimiento, no vulneró ningún

derecho fundamental, puesto que actuó dentro de los parámetros fijados por la ley.

Por último, respecto del tercer problema jurídico, es necesario resaltar que la Constitución del 1991 estableció en su artículo 49 la obligación por parte del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en cuanto a la salud se refiere. De tal manera, las entidades que prestan éste servicio se encuentran obligadas a brindar, orientar y facilitar a sus afiliados de forma pronta y eficiente los servicios que ofrecen.

Es así como nuestro máximo Tribunal en materia constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, el cual debe ser garantizado a todos los seres humanos por igual. Adicionalmente, las mujeres embarazadas son sujetos de especial protección, puesto que tal condición implica el reconocimiento de una situación de vulnerabilidad, razón por la cual, tanto el Estado, como los particulares que actúan en su nombre tienen la obligación de brindarles protección y asistencia.

Ahora bien, en lo referente al principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud, la Corte Constitucional ha sostenido tras considerarlo un servicio público esencial, que debe aplicarse el principio de eficiencia, según el cual las E.P.S., están imposibilitadas para interrumpir de manera súbita o intempestiva un tratamiento médico, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible, afectando los derechos fundamentales a la vida digna, salud o integridad personal.

En este sentido, existen obligaciones de prestar el servicio de salud de manera continua, sin restricciones de orden administrativo o reglamentario, por lo tanto, no es admisible dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional.

En el caso que nos ocupa, a la accionante le cancelaron su documento de identificación por doble cedulación, situación que le ha generado graves inconvenientes a la hora de solicitar la prestación del servicio de salud, toda vez que no tiene ni cédula de ciudadanía ni carné de salud. Sin embargo, en virtud de la sentencia No. 003 de 2014 proferida por la Sala Laboral de este Tribunal, la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL expidió la Resolución No. 2660 del 03 de marzo de 2014, a través de la cual se revocó parcialmente la Resolución No. 1404 de 2007 y se dio nuevamente vigencia a la cédula No. 1.114.399.118 expedida el 08 de Septiembre de 2006 en Alcalá (Valle del Cauca) a nombre de ELIZABETH MUÑOZ JARAMILLO, documento con el que la accionante se ha venido identificando desde que cumplió su mayoría de edad.

En consecuencia, si bien es cierto que ya fue resuelta la situación que no le permitía a la accionante tener acceso a los servicios de salud y su cédula de ciudadanía actualmente se encuentra vigente, también lo es que por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional es necesario garantizar su derecho a la salud y a la seguridad social, sin perjuicio de que su documento de identidad se encuentre vigente o cancelado.

Por lo tanto, debido a que la accionante no se encuentra afiliada a ninguno de los regímenes de salud, la SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE ALCALÁ es la encargada de realizar todas las gestiones tendientes a garantizar sus

derechos, puesto que actualmente tiene calidad de VINCULADA al sistema general de seguridad social en salud.

En consecuencia, se impone la protección de los derechos a la seguridad social y salud, para lo cual se ordenará a la SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE ALCALÁ que en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, ORIENTE y GESTIONE la afiliación de ELIZABETH MUÑOZ JARAMILLO a una E.P.S. subsidiada. Así mismo, se ordenará a la misma entidad que BRINDE la atención médica, exámenes, tratamientos y procedimientos necesarios para garantizar el correcto desarrollo del embarazo de la accionante.

**Tutela de primera instancia (T-039-14) del 10 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos a la salud y a al seguridad social.**

**DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta debe ser enviada a la dirección suministrada por el peticionario.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 23.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2000.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso, el señor HÉCTOR JIMÉNEZ SERRANO denuncia que a la fecha de presentación de su solicitud de tutela el MINISTRO DE TRABAJO no ha dado respuesta de fondo a las solicitudes formuladas con relación a la derogatoria del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, las cuales fueron inicialmente presentadas ante la Presidencia y la Vicepresidencia de la República. A la sazón, de conformidad con las pruebas obrantes en el dossier la Coordinadora del Grupo de Atención de Peticiones del Presidente de la República mediante comunicación dirigida a aquel le informó “... con relación a la copia de la referencia enviada a la Presidencia de la República, en la que solicita la derogación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (sic), la misma será remitida al Ministerio de Trabajo, para que dentro de sus competencias resuelvan de fondo su solicitud...” A su vez, la Asesora de la Vicepresidencia de la República informó al accionante “...De conformidad con su comunicado de la referencia, me permito informarle que en atención a las funciones del Despacho del señor Vicepresidente de la República, doctor Angelino Garzón, y por razones de competencia la misma fue remitida al doctor Rafael Pardo Rueda, Ministro de Trabajo...”.

Por su parte, el MINISTRO DE TRABAJO argumentó haber dado respuesta a lo solicitado por el señor HÉCTOR JIMÉNEZ SERRANO en sus diferentes escritos, remitiendo con el fin de acreditar tal circunstancia, copia de la comunicación dirigida al accionante y de la guía de envío de la misma (Fl. 55 y 61 cdo. 1). Así las cosas, podría afirmarse que en el presente asunto estaríamos frente al fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, con relación al derecho fundamental de petición del actor; sin embargo, se advierte que la respuesta emitida por el Ministerio de Trabajo fue remitida a la “...Calle 26 No.”.

24 – 541 Oficina 207...Tuluá – Valle...”, siendo la dirección correcta del accionante la “... Calle 26 No. 24 – 54 Oficina 207... Tuluá – Valle...”, razón por la cual, resulta evidente que el núcleo esencial del derecho de petición del actor no se encuentra satisfecho ante su falta de enteramiento respecto de la respuesta emanada de la autoridad solicitante. Por tanto, se dispondrá que el MINISTERIO DE TRABAJO proceda a efectuar en debida forma la notificación del contenido del Oficio No. 38447 del 06 de marzo de 2014 al señor HÉCTOR JIMÉNEZ SERRANO.

Ahora bien; como quiera que pretendido por el accionante a través de la presente solicitud de amparo es que se ordene “...**LA SUPRESION...**” del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la Sala puntualiza que pretensión de ese temperamento no tiene vocación de prosperidad toda vez que las normas legales no son pasibles de acción de tutela. Amén que para retirar del ordenamiento jurídico una disposición legal opuesta o contraria a algún principio superior, el aquí accionante cuenta con la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Nacional.

**Tutela de primera instancia (T-2014-178) del 12 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho fundamental de petición.**

**UNIÓN MARITAL DE HECHO – Que uno de los compañeros no reúna los requisitos de ley para triunfar en sus pretensiones no significa que carezca de legitimación para demandar.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 54 de 1990, artículos 1 y 2.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de abril de 2007, con ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En páginas anteriores se dejó reseñado que con fundamento en el registro civil de matrimonio celebrado entre JUSTINO CASTILLO PERALTA y MARIA AMPARO TRUJILLO -visible a folio 1 cdo. 2- las demandadas MARIA AMPARO TRUJILLO, SANDRA PATRICIA, MARIA DEL PILAR y SONIA CASTILLO TRUJILLO formularon como previa la excepción que rotularon como “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, sustentada en que MARIA DEISY GRANADA MORALES no está habilitada legalmente para solicitar que se declare la existencia de unión marital y sociedad patrimonial entre ella y el fallecido JUSTINO CASTILLO PERALTA, así como la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, puesto que no se cumple con el requisito contemplado en el literal b) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, cual es que la sociedad conyugal anterior de alguno de los compañeros haya sido disuelta.

El juzgado *a-quo* accedió al pedimento, sin parar mientes que la referida excepción no constituye en puridad un embate contra el interés para actuar de la demandante MARIA DEISY GRANADA MORALES, sino que la misma está dirigida a enervar la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la

sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, por falta de uno de los requisitos contemplados en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990.

No parece superfluo memorar, a éste propósito, que la legitimación en la causa, o sea, el interés legítimo, serio y actual del *“titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico”* (U. Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia *“de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)”* (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla *“con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular”* (cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01). De ahí que, como reiteradamente lo ha pregonado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *“...en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión...”* (sentencia de casación N° 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519.)....”.

La Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En el artículo primero de la ley se define la unión marital de hecho como *“... la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”* y se señala que para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

En el artículo segundo de la ley se establece una presunción sobre la existencia de *“sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”* y se señalan los supuestos en los que hay lugar a declararla judicialmente, esto es, *“a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;”* y *“b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”*

Y acerca de la legitimación en la causa por activa [tema que es cuanto más interesa al presente pronunciamiento] el legislador dispuso en el artículo sexto de la referida ley que cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos podrán pedir la declaración, disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial y la adjudicación de los bienes.

En tales condiciones, es palmario que en el *sub lite* no se configura la ausencia de la legitimación en la causa por activa para pedir la declaración, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, pues basta con la invocación que en el libelo introductorio hizo la señora MARIA DEISY GRANADA MORALES en el sentido de haber convivido como compañera

permanente del fallecido JUSTINO CASTILLO PERALTA por más de 20 años para que pueda ejercer las acciones de que trata la Ley 54 de 1990.

Es que no se puede confundir la identidad o coincidencia de la actora con unas de las personas a quienes la ley 54 de 1990 concede las aludidas acciones, con el mérito de sus pretensiones al ser cotejadas con los requisitos de la mencionada normativa. Dicho de otro modo: una cosa es que eventualmente la actora no reúna los requisitos que exige la ley para el buen suceso de una de sus pretensiones [la orientada a que se declare la existencia y disolución de sociedad patrimonial entre ella y el fallecido CASTILLO PERALTA], y otra -asaz diferente- es que NO ESTÉ LEGITIMADA PARA PEDIR que se haga tal declaración, como sería el caso, *exempli gratia*, de que no haya aducido haber sido compañera permanente del citado causante, sino que haya invocado su condición de cuidandera o empleada de aquel.

Bajo los anteriores parámetros fluye nítido el desbarro en que incurrió el juzgado *a-quo* al tramitar como previa y decidir mediante sentencia anticipada la excepción que las demandadas rotularon “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, pues como viene de verse, bajo ese *nómen* lo que realmente se plantea a través de ésta es que la demandante no reúne los requisitos que exige el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 para que se declare la existencia y disolución de la SOCIEDAD PATRIMONIAL tantas veces citada.

Y es incontestable que, con prescindencia del rótulo o denominativo que las demandadas le dieron, planteamiento defensivo de ese temperamento debe ser decidido en la sentencia, en cuanto atañe a los presupuestos o requisitos axiológicos que exige la ley para el despacho favorable de la referida pretensión, la cual, por cierto, ES APENAS UNA DE LAS DOS PRETENSIONES IMPETRADAS EN LA DEMANDA, precisión que viene al caso para dejar asentado que aun aceptando -en gracia de discusión- que es procedente subsumir ó refundir en el concepto de “*falta de legitimación en la causa por activa*” el evento de la falta de requisitos legales para la prosperidad de las pretensiones agitadas en el proceso, el juzgado *a-quo* no podía declarar en éste caso la terminación del proceso, desde luego que LA OTRA PRETENSION de la demandante, atinente al estado civil de los presuntos compañeros permanentes (declaración de existencia de UNION MARITAL DE HECHO) jamás está condicionada a que los compañeros permanentes hayan disuelto la sociedad o sociedades conyugales anteriores que pudieran haber conformado con anterioridad.

Sentencia de segunda instancia (2010-00199-01) del 13 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia anticipada apelada.

**COMPETENCIA TERRITORIAL Y PRINCIPIO DE LA PERPETUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN – El juez no puede, por propia iniciativa, declararse incompetente después de librado el mandamiento de pago.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículo 28; Ley 270 de 1996, artículo 18.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 2209-00526 del 26 de agosto de 2009 y 2009-01370-00, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla.

## TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a esta Sala de Decisión dirimir el conflicto negativo de competencia presentado entre dos autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la misma especialidad e igual categoría de este Distrito judicial, conforme lo determinan los artículos 28 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley 270 de 1996.

La competencia es aquella atribución jurídica otorgada a los jueces respecto de determinadas pretensiones procesales con preferencia a los demás órganos de su clase, es decir, la facultad que tienen los jueces de administrar justicia frente a cada caso en particular. La determinación de la autoridad judicial llamada a conocer de un proceso está dada por el factor objetivo, subjetivo, funcional, territorial y de conexión.

En esta oportunidad el conflicto se suscita porque asumida la competencia por el Juez primigenio al librar el mandamiento de pago, con posterioridad y de oficio se declaró incompetente debido a la variación del lugar donde debía realizarse la notificación al ejecutado, actuación que no fue aceptada por el juzgado ubicado en el sitio en que ésta debe intentarse y a donde se remitió el expediente. Luego, la discusión se centra en determinar si ¿el Juez puede en cualquier momento declararse incompetente por el factor territorial?

Al respecto ha de señalarse que en miríadas de jurisprudencias ha establecido el máximo tribunal de justicia, la prohibición al juez que asumió el conocimiento de un proceso, apartarse de él, por supuestas deficiencias en su admisión o eventos circunstanciales como la variación del sitio de notificación del ejecutado, por cuanto impetrada la demanda y asumido el conocimiento a través del auto admisorio, el juez queda liado al proceso, sin que pueda so pretexto de supuestas irregularidades, apartarse de él, en primer término porque al admitir la demanda ejerció el control de la requisitoria del libelo introductor, aviniéndose a él, teniendo como ya se dijo, en ese momento los paliativos procesales para su encuadramiento, y en segundo lugar porque el momento procesal ya feneció, es así que admitida la demanda, no puede desandar el camino recorrido. Aunado a lo anterior estas declaraciones ya no corresponden a su esfera, sino al llamado a soportar la pretensión, a través de los medios exceptivos propugnados por el ordenamiento.

Luego librado el mandamiento ejecutivo o el auto admisorio de la demanda, al Juez ya no le es permitido declarar de oficio su incompetencia para asumir el conocimiento del litigio por el factor territorial.

A lo que se une, la aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* por virtud del cual y de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia:

En línea de principio, le está vedado [al juez] sustraerse por su propia iniciativa de la competencia que inicialmente asumió, pues una vez admitida la demanda, sólo el demandado puede controvertir ese aspecto cuando se le notifica de la existencia del proceso. Dicho de otro modo, ‘en virtud del principio de la «perpetuatio jurisdictionis», una vez establecida la competencia territorial, atendiendo para el efecto las atestaciones de la demanda, las ulteriores alteraciones de las circunstancias que la determinaron no extinguen la competencia del juez que aprehendió el conocimiento del asunto”

En ese orden de ideas, el juez que asume la competencia para conocer de un proceso al admitir la demanda o librar el mandamiento de pago no puede mutuo propio separarse de ella, alegando falta de competencia territorial porque incurre en flagrante violación de los principios que gobiernan el procedimiento civil.

Por tanto, al asumir el conocimiento de la ejecución el Juez Promiscuo Municipal de Zarzal (V), cuando profirió la orden de pago, a éste le estaba vedado declarar de oficio su incompetencia por el factor territorial, y es a éste a quien le corresponde seguir conociendo del asunto de marras.

**Auto 081 (conflicto de competencia) del 13 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Promiscuo Municipal de Zarzal.**

**JUEZ CONSTITUCIONAL – No puede establecer fechas ciertas para el pago de la ayuda humanitaria.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 387 de 1997, artículos 15 y 65; Ley 1448 de 2011, parágrafo tercero del artículo 43; Decreto 790 de 2012, artículo 1.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-312 de 2005, T-469 de 2007 y T-463 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El fenómeno del desplazamiento interno por la violencia en Colombia, dio lugar a la adopción de diversas medidas con el fin de prevenir este fenómeno, así como de atender y proteger a la población en esta situación. De esta manera, la Ley 387 de 1997 creó el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada, cuyas funciones fueron posteriormente asignadas al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, coordinado actualmente por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

Entre las medidas adoptadas en este sentido, la Ley 387 de 1997 en su artículo 15, dispuso que una vez producido el desplazamiento, el Gobierno Nacional debía iniciar las acciones tendientes a garantizar una atención humanitaria de emergencia con el fin de cubrir las necesidades básicas de esta población. Con posterioridad, la Ley 1448 de 2011 reguló la aducida atención, precisando que la misma tiene tres fases, esto es, ayuda inmediata, atención humanitaria de emergencia y atención humanitaria de transición, cada una de las cuales se debe proveer atendiendo la situación de vulnerabilidad, gravedad y urgencia de la víctima. En términos generales, La H. Corte Constitucional ha definido este concepto como *“la asistencia mínima que requiere la persona víctima del desplazamiento forzado para alcanzar unas condiciones dignas de subsistencia mediante la satisfacción de las necesidades básicas y que ha de ser suministrada de manera integral y sin dilaciones, como quiera que la persona desplazada carece de oportunidades mínimas que le permitan desarrollarse como seres humanos autónomos.”*

La ayuda humanitaria de transición fue definida el artículo 65 ibídem, de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 65. ATENCIÓN HUMANITARIA DE TRANSICIÓN.** Es la ayuda humanitaria que se entrega a la población en situación de Desplazamiento incluida en el Registro Único de Víctimas que aún no cuenta con los elementos necesarios para su subsistencia mínima, pero cuya situación, a la luz de la valoración hecha por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, no presenta las características de gravedad y urgencias que los haría destinatarios de la Atención Humanitaria de Emergencia.

Parágrafo 1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá adelantar las acciones pertinentes para garantizar la alimentación de los hogares en situación de desplazamiento. De igual forma, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y los entes territoriales adoptarán las medidas conducentes para garantizar el alojamiento temporal de la población en situación de desplazamiento (...)

Conforme con el artículo 47 parágrafo 3 de la Ley 1448 de 2011, "*La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación, deberá adelantar las acciones pertinentes ante las distintas entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación a Víctimas para garantizar la ayuda humanitaria.*" De manera que el Estado, a través de la citada Unidad, tiene la obligación de garantizar la ayuda humanitaria y asegurar la protección de esta población, coordinando además su vinculación a los programas de salud, educación, vivienda y créditos productivos, y realizando el trámite administrativo que corresponda, una vez sea presentada la solicitud por parte de la persona desplazada.

Ahora bien, en el *sub lite* el accionante inconforme parcialmente con la sentencia proferida por la *a-quo*, reclama ante esta instancia una orden constitucional para que el pago y entrega de la ayuda humanitaria se realice cada tres meses contados a partir de la fecha del último pago. Sobre el punto, habrá de precisarse, que no le es factible al juez de Tutela, determinar las fechas en las cuales la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS debe hacer efectiva la entrega de los giros de dinero por ayuda humanitaria puesto que al ser ésta un medio para garantizar el derecho al mínimo vital de la población desplazada, debe ser garantizada por el Estado, a través de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS y reconocida dentro de criterios de oportunidad y razonabilidad. Luego es a esa entidad a quien le está asignada la competencia para fijar una fecha cierta de entrega, en forma flexible y hasta tanto la situación de vulneración cese, teniendo la obligación de comunicar la decisión al beneficiario, lo que no puede ser suplantado por esta autoridad, salvo que se avizore la configuración de un perjuicio irremediable.

Tal determinación, tiene su cimiento en la protección al derecho a la igualdad de la población desplazada puesto que la entrega de ayuda humanitaria debe efectuarse en los turnos establecidos, salvo en aquellos casos que pueda tratarse de sujetos que por su especial condición se encuentren en riesgo acentuado que impliquen una protección constitucional reforzada; sin que se encuentre la Sala de Decisión que el accionante este dentro de ese grupo, pues si bien es cierto como lo asevera debe solicitar los traslados de la penitenciaria donde se encuentra recluido hasta el Banco AGRARIO para hacer efectiva la

ayuda, también es cierto que le asiste el derecho de presentar solicitud ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS redireccionando el pago a un miembro de su núcleo familiar.

**Tutela de segunda instancia (T-041-14) del 17 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**PETICIONES ELEVADAS ANTE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS – Casos en los cuales existe la obligación de responder/DERECHO DE PETICIÓN – El peticionario debe probar que presentó la solicitud.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 23; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículo 43.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias C137 de 1996, T-767 de 2004, T- 628 de 2010, T- 667 de 2011 y T-020 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La accionante, según viene de verse, denuncia la omisión en que ha incurrido *un Agente Diplomático* como lo es el CONSUL DE ECUADOR en la ciudad de Cali, al no pronunciarse sobre la petición que aquella le efectuara. Así, lo primero que debe señalarse es que éste funge como jefe de una agencia de un país extranjero -Ecuador- en el país, oficina que tiene como objeto brindar asistencia técnica, social, jurídica, logística y administrativa para los ciudadanos ecuatorianos que residen en Colombia, así como también, servir de puente diplomático de intercomunicación entre ambos Estados (Colombia-Ecuador).

En tal virtud, los agentes consulares en ejercicio de su cargo gozan de “*inmunidad de jurisdicción*” a fin que la normatividad del País donde se encuentra ubicada la oficina consular no les sea aplicada de la misma manera que a sus nacionales, con excepción de especialísimas circunstancias. Sobre el particular la “*Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*” adoptada el 24 de abril de 1963 debidamente ratificada por Colombia el 6 de septiembre de 1972 y por Ecuador el 11 de marzo de 1965 en su artículo 43 consagra:

**“... 1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares.**

**2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil:**

**a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o**

*b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor...”*

Pese a lo anterior, la denominada “*inmunidad jurisdiccional*” de los agentes diplomáticos -y en particular de los Cónsules- que limita el ejercicio de las potestades coercitivas frente a éstos no tiene carácter absoluto como lo ha puntualizado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos.

Y en punto de la “*inmunidad de jurisdicción restrictiva*” en la jurisdicción Constitucional frente presuntas vulneraciones del derecho fundamental de petición, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional precisó:

*“... desde la perspectiva del principio de inmunidad de jurisdicción restringida y en virtud de la soberanía del Estado colombiano, se considera que los organismos internacionales sí estarían obligados a dar respuesta directa a las peticiones respetuosas presentadas por los ciudadanos en el territorio nacional, en principio, en los siguientes supuestos:*

*(1) Cuando la respuesta a la petición no amenace la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y en el caso de los organismos y agencias internacionales, no ponga en riesgo la autonomía que necesitan para el cumplimiento de su mandato.*

*(2) Cuando de la respuesta a la petición dependa la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de quien tenga una relación de subordinación respecto de la misión diplomática o el organismo internacional.*

*(3) Cuando de la respuesta a la petición presentada dependa la protección de “derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional”.*

*Se estima que los supuestos anotados no lesionan el principio de inmunidad restringida de los organismos internacionales y las misiones diplomáticas, porque no solo son respetuosos del artículo 9 de la Constitución Política; también tienen en cuenta que en virtud de la jurisprudencia constitucional, los privilegios e inmunidades de los Estados y las agencias internacionales huéspedes en Colombia no son absolutos, comoquiera que están supeditados a la garantía de intereses superiores como la independencia, igualdad y soberanía de los Estados, y la autonomía de los organismos internacionales.*

*De igual manera, dichos supuestos no son contrarios al principio de prevalencia de los derechos fundamentales, porque reconocen la obligación del Estado colombiano de asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción, cuando esos derechos sean vulnerados por personas naturales o jurídicas que gozan de inmunidad...”.*

Vistos los anteriores postulados la Sala encuentra que sería del caso analizar si la situación expuesta por la señora ANA SILVIA SÁNCHEZ LÓPEZ se encuentra inscrita en alguno de los supuestos que señala la Corte Constitucional en la

providencia antes transcrita para determinar la procedencia del amparo del derecho fundamental de petición, sino fuera porque en el *dossier* brilla por su ausencia prueba alguna que dé cuenta sobre la efectiva presentación o remisión de la petición de “intermediación” por parte de la actora al Cónsul accionado, pese al requerimiento que le efectuó la Sala en dicho sentido a la accionante mediante proveído de fecha 07/03/2014. Lo anterior, por cuanto las pruebas documentales que acompañaron el libelo genitor de la acción de tutela no acreditan que la referida petición (de fecha 13 de enero de 2014) haya sido presentada o enviada al multicitado agente diplomático (ninguna constancia de recibo se observa en la copia que de ella obra a folio 1 cdo. 1o), y tampoco se aportó copia de su constancia de envío por correo; de hecho, la copia que obra a folio 3 del cdo. 1o corresponde a la remisión del “equipaje” que aquella hizo al Ecuador el día 18 de septiembre de 2013.

En tales condiciones, el amparo constitucional materia de examen no tiene vocación de prosperidad y por ende será negado.

Tutela de primera instancia (T-2014-191) del 18 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

**SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES – No es desproporcionada para el adolescente que acepta cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y sus circunstancias individuales, familiares y sociales son perniciosas.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1098 de 2006, artículos 139, 140, 161, 177, 179 y 187.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como viene de verse, no se discute con la apelación la conducta punible de tráfico de estupefacientes, ni la declaración de autoría que se hiciera tras la aceptación de cargos por parte del adolescente XXXX o que claramente se busca es la sustitución de la privación de la libertad por otra medida que le permita al adolescente continuar con su grupo familiar, o en el mismo medio en que se ha venido desarrollando últimamente, para resocializarse al lado de su familia.

En consecuencia el problema jurídico se centra en determinar, ¿si luce desproporcionada la sanción de privación de la libertad por espacio de un año, de un menor de 17 años que aceptó cargos por el delito de Tráfico de Estupefacientes, del que se establece no está estudiando, se relaciona con personas que le influyen negativamente, su padre está desaparecido, y la madre además está pagando casa por cárcel?

Para responder el anterior cuestionamiento, debe empezar por precisarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 139 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes – SRPA- es un conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y el juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años de edad, y tanto el proceso como las medidas que se tomen al interior de esta clase de asuntos tienen un carácter eminentemente pedagógico (Artículo 140 ejusdem).

Por su parte el artículo 177 de la misma codificación consagra las sanciones aplicables a los adolescentes declarados penalmente responsables, en cuyo numeral 6° está la privación de la libertad en Centro Especializado, sanción que a la luz del artículo 161, debe de ser aplicada de manera excepcional, como última opción de sanción pedagógica, dada la importancia del derecho fundamental a la libertad y libre locomoción.

Dichas sanciones tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y los criterios para su imposición, según el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 son:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La Proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos, las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de los cargos por el adolescente.
5. En incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones.

En consecuencia, en esta clase de asuntos, el juez al momento de imponer el correctivo al menor de edad, debe ponderar cuidadosamente todas aquellas circunstancias que lo rodeen, en aras de poder establecer cuál de las sanciones va a contribuir de mejor manera con su proceso de resocialización y a la protección de sus derechos.

Ahora bien, en el asunto *sub examine*, del estudio psicosocial practicado por los profesionales del ICBF Centro Zonal Armenia al adolescente XX, se advierte que si bien éste es de gran apoyo a su madre y familia, especialmente con las diligencias de la casa. Actualmente no realiza actividades orientadas a la construcción de un proyecto de vida (16:02 min); se retiró de sus estudios, llegando solo al grado 7° de secundaria; consume marihuana hace algunos años y tiene antecedentes de consumo de pegante, perico y pepas; tuvo un periodo de vida en la calle y perteneció a una las llamadas barras bravas del América; en su casa padecen una situación económica compleja; su madre LIBIA GIL GÓMEZ está en detención domiciliaria tras ser penalmente condenada, detención que puede prolongarse hasta por 5 años; el adolescente tiene carencia de formación normativa y afectiva en el hogar, motivadas también por la desaparición del padre; parcial acatamiento a las pautas de crianza, se relaciona con pares de influencia negativa siendo altamente influenciabile; y toma decisiones inadecuadas por falta de control de impulsos.

A nivel institucional, en septiembre de 2012 llegó al programa de protección del ICBF por consumo de estupefacientes pero se evadió antes de remitirse a un programa terapéutico; en febrero de 2013 ingresó por primera vez al SRPA – Armenia por violencia intrafamiliar, debido al parecer por problemas con el consumo de estupefacientes, se remitió a la Clínica El Prado, pero no continuó con el programa de desintoxicación en institución modalidad internado. En mayo de 2013 volvió a ingresar por Tráfico de Estupefacientes, y de nuevo en octubre de 2013 en Buga. Al 1° de noviembre de 2013 cuando se

practicó el examen mental, se mostró despierto, alerta y consciente, ubicado en tiempo y espacio. No se observan signos de trastorno mental. Presenta problemas para dormir, por lo que considera necesario fumarse un cigarrillo de marihuana antes de dormir. Tiene una relación de noviazgo hace 9 meses lo que le ha permitido amar y ser amado.

Del anterior informe ofrecido por los profesionales miembros del I.C.B.F. Centro Zonal Armenia, queda claro que a pesar de que el adolescente es un apoyo para su familia y que ha asumido un rol de protección, la misma no tiene las herramientas necesarias para prestarle el acompañamiento adecuado, debido a que hay ausencia de autoridad, lo que ha provocado que el joven no atienda normas de conducta. XX tiene problemas de adicción a sustancias estupefacientes desde hace algunos años, por lo que requiere de un proceso serio y especializado para poder que salga avante de esta grave problemática.

Como lo anotó el juzgado de primera instancia, la familia NO es garante del proceso de rehabilitación del menor, máxime cuando de un lado su padre está desaparecido hace 6 años, y su madre por gozar de casa por cárcel tras ser penalmente condenada, está imposibilitada para ejercer satisfactoriamente una figura de autoridad frente al menor.

Agréguese a lo dicho, que el adolescente ni siquiera está estudiando, tampoco pertenece a un grupo cultural, artístico o practica algún deporte al que dedique parte de su tiempo. En cambio, se dedica al ocio y se relaciona con pares que son influencia negativa en su comportamiento.

Para el Tribunal no cabe duda, que la sanción de la privación de la libertad por el término de 1 año, contrario a lo que considera el recurrente, luce como la más adecuada para garantizar los derechos del menor a su protección integral, a su resocialización y por qué no, a su vida e integridad.

Además de lo expuesto, halla la Sala que la medida de privación de la libertad adoptada por el Juez de Conocimiento, no luce ilegal o desproporcionada, pues atendiendo a que el adolescente fue procesado por el delito de tráfico de estupefacientes, y que por la cantidad de lo hallado –más de 4 kilos de marihuana- tendría una pena mínima de 8 años en el Código Penal, están dados los presupuestos establecidos en el artículo 187 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, para que quepa la privación de la libertad en centro de atención especializada entre uno y cinco años. Recordemos que la sanción se fijó en un año de internamiento, luego entonces, desde el aspecto objetivo no hay ningún reparo que formular.

Bastan entonces las anteriores consideraciones para confirmar en su integridad la sentencia apelada.

Sentencia de segunda instancia (S-042-14) del 18 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**DERECHO DE PETICIÓN – Si el marido presentó la solicitud es a él, y no a su consorte, a quien corresponde reclamar la protección.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-312 de 2001, T-899 de 2001 y T-526 de 1998.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Con el fin de dilucidar los argumentos de la impugnante, en primer lugar entrará la Sala a estudiar si ¿existe legitimación por activa del cónyuge que reclama el amparo de derechos fundamentales en razón a una petición elevada por su consorte para el incremento de la pensión?

Dada la informalidad que reviste la acción de Tutela, por regla general debe ser interpuesta por el titular del derecho y solo excepcionalmente se acepta su presentación a través del agente oficioso, cuando se dan las circunstancias del inciso 2º del artículo 10 del decreto 2591 de 1.991, es decir, el que actúe como agente oficioso debe afirmar que procede como tal y demostrar aunque sea sumariamente que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitado de ejercer su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieran ver afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.

En el evento que se estudia, revela el encuadernamiento que el señor ORLANDO DE JESUS CASTAÑEDA RENDON, elevó petición ante COLPENSIONES, solicitando el incremento de su mesada pensional por cónyuge en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993; recibiendo respuesta mediante oficio adiado 04 de diciembre de 2013, el cual ataca la accionante en sede de tutela al calificar que *“no se ha obtenido una respuesta clara ni precisa respecto de la solicitud que se expone en el derecho de petición”*.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que la señora NESBIA MARIA SAAVEDRA ARCE no se encuentra legitimada en la causa por activa, puesto que la vulneración que reclama la edifica en la inconformidad que tiene con la contestación dada por la accionada, a un derecho de petición elevado por su consorte para el incremento de la pensión.

Luego, la accionante no cuenta con legitimación en la causa por activa pues al no haber elevado derecho de petición ella misma, ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mal haría la Sala en determinar que se le vulneró el derecho de petición, el que cabe aclarar no es transmisible, y la prestación social por cuyo incremento se duele es un derecho de su consorte, lo que no permite amparar los derechos reclamados por cuanto la amenaza o vulneración debe ser directa para quien la reclama.

Por tanto, no es posible por parte de éste Tribunal entrar a examinar de fondo el asunto planteado debido a la falta de legitimidad de quien la incoa, sobre todo si se tiene en cuenta que ORLANDO DE JESUS CASTAÑEDA RENDON al no haber interpuesto esta acción puede acudir bien sea directamente o a través de apoderado judicial constituido para el efecto, ante el Juez Constitucional en aras de que se le protejan sus derechos fundamentales en caso de considerar que los mismos pese a la decisión que aquí se profiera siguen conculcados, lo que indudablemente el legislador constitucional prohibió, al no permitir la duplicidad de acciones en defensa de los mismos derechos.

En este orden de ideas se confirmará en su el fallo de tutela emitido el día 23 de enero de 2014, por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE TULUA (VALLE) pero por las razones expuestas en esta providencia.

**Tutela de segunda instancia (T-043-14) del 19 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**VÍA DE HECHO POR DEFECTO FÁCTICO - El juez debe ordenar la práctica de las pruebas de oficio cuando es menester hacerlo**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-417 de 2008.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En consecuencia, al Tribunal le compete determinar ¿si como se sentenció por la juez *a quo*, se incurrió en un defecto fáctico por no haberse tenido como hecho probado, la calidad de compañero permanente de ALVARO ESPITIA con LUZ AIDA BOTERO, para resolver el incidente de levantamiento de las medidas de embargo y secuestro sobre un vehículo automotor?

En el asunto *sub examine*, a juicio de esta Sala de Decisión y similar a lo que halló la juez de primera instancia, con la decisión atacada sí se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, sin embargo el Tribunal discrepa en cuanto a los motivos por los cuales se configuró.

En efecto, como quedó sentado el defecto fáctico se puede presentar por omisión, cuando el juez a pesar que está en el deber de decretar pruebas de oficio, se abstiene de ir más allá para llegar a la verdad real, como cuando el asunto sometido a su decisión trae insitas serias dudas que de no atenderse, pueden dar pie para que se profieran decisiones materialmente injustas.

Por ello, a la Juez 6ª Civil Municipal de Tuluá, no le bastaba con simplemente afirmar que la incidentante no probó su posesión a título personal, sino que al encontrar pruebas serias sobre los actos ejercidos por el Sr. ESPITIA sobre el automotor objeto de la medida cautelar, y dado que él no reclamó dentro de dicho trámite la posesión para sí, debió forzosamente hacer uso de su facultad oficiosa, y decretar como prueba la declaración del mencionado señor para que explique su relación material con el bien, y si los actos calificados como posesorios son a título personal o son a nombre de otra persona, y en caso que lo sean, aclare a nombre de quién, todo ello con el único objetivo de lograr un juicio ajustado a la veracidad de los hechos. Póngase además de presente que la naturaleza dispositiva del incidente de levantamiento, no obsta para que se haga uso de la facultad oficiosa, pues ante todo se debe propender por hallar la verdad real del asunto.

Por lo que respecta a la sentencia de tutela que profirió la *a quo*, debe ponerse de presente, que a pesar que puede haber una unión marital de hecho, no todos los actos posesorios que ejerza uno de los compañeros permanentes son necesariamente de forma colectiva, pues bien puede ocurrir que a pesar que haya una sociedad patrimonial, los compañeros pueden ejercer posesión a título personal, luego el defecto fáctico no pudo configurarse por no haberse tenido en cuenta calidad de compañero permanente que afloraba de las pruebas, además porque de esa sola circunstancia no puede deducirse posesión, sino más bien

porque la juez accionada, no hizo uso de su facultad oficiosa para que, quien según su conclusión siendo el poseedor no reclamara ni en esa ni en esta actuación tal condición y explicara su relación con el bien, así como si los actos posesorios son a nombre ajeno o a nombre propio.

Hasta aquí se impone entonces confirmar la sentencia de tutela de primera instancia, en cuanto concluyó que hubo un defecto fáctico, sin embargo las razones de su configuración no serán las expuestas en el fallo atacado, sino las que aquí ha puesto de presente el Tribunal. En consecuencia la Juez accionada, deberá resolver de nuevo el incidente, una vez decrete y practique como prueba oficiosa la declaración de ALVARO ESPITIA AMARILES, donde se le cuestione los puntos que atrás quedaron planteados.

**Tutela de segunda instancia (T-047-14) del 21 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada por las razones expuestas en la segunda instancia.**

**DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS RECLUSOS – No hay vulneración cuando la persona encarcelada, por su propia voluntad, está reclusa en una celda donde no se permiten las visitas/DERECHO DE PETICIÓN – Los reclusos no están excluidos de la garantía del artículo 23 de la Constitución.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 23; Ley 1437 de 2011, artículo 14.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-1171 de 2001, T-793 de 2008, T-324 de 2011, C-818 de 2011, T-72 de 2013 y T-266 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Los problemas jurídicos se centran en resolver: 1) ¿Si el DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA – EPAMSCASPAL vulneró los derechos fundamentales del accionante y de sus hijas menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, al no autorizarle el ingreso de visitas por encontrarse recluso, bajo su propia voluntad, en una celda de paso del pabellón de máxima seguridad, a pesar de tener asignada por la junta de patios otra celda en donde sí tiene permitido el registro de visitas? y 2) ¿El DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA – EPAMSCASPAL vulneró el derecho fundamental de petición del accionante al no responder sus solicitudes?

En cuanto al primer problema jurídico, iniciaremos por precisar que en virtud del vínculo que surge entre el Estado y las personas privadas de la libertad, las autoridades penitenciarias tienen la facultad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los internos, de acuerdo con los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad. Para tal fin, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha clasificado los derechos fundamentales de esta población, en tres categorías: 1) aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta; 2) aquellos restringidos debido al vínculo de sujeción entre el recluso y el Estado, como por ejemplo los derechos al trabajo, a la educación, a la familia y a la intimidad personal; y 3) los derechos

que se mantienen intactos, puesto que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre privado de su libertad, tales como la vida, integridad personal, dignidad, igualdad, salud y el derecho de petición.

En el *sub lite*, si bien es cierto que actualmente el Director del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA – EPAMSCASPAL no le permite al señor EDIBRAN PEDRIZA LAVADO recibir visitas, por encontrarse voluntariamente en una celda que no cuenta con las condiciones necesarias para la permanencia de menores de edad, también lo es que la entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales acusados por cuanto la limitación presentada no deviene de un hecho o acto emanado por la accionada, en la medida que el accionante tiene autorizado el ingreso de visitas en la celda y el pabellón asignado por la junta de patios a través del Acta No. 439 de 2013, sin embargo, el interno se niega a cumplir con tal disposición.

No puede pasarse por alto que la acción de tutela es eminentemente residual y por lo tanto, mientras que la disposición de asignación de patio este vigente y con ella las garantías propias del estado de internamiento del recluso, no es propio de la acción constitucional amparar una situación de hecho que se viene presentando con el referido interno, puesto que ello desembocaría en una intromisión indebida a las facultades reglamentarias asignadas a las autoridades carcelarias, y de paso atentaría contra el principio de autonomía que cobija dichos entes administrativos.

En consecuencia, se impone revocar el fallo de primera instancia, en cuanto tuteló el derecho del accionante y de sus hijas menores de edad a la unidad familiar.

4.5.5. Ahora bien, en cuanto al segundo problema jurídico, empezaremos por señalar que la Carta Política en su artículo 23 consagra que “*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. (...)*”

En consecuencia, a pesar de que una persona se encuentre privada de la libertad, tal situación no implica que sus garantías fundamentales no le sean respetadas, puesto que por el contrario, al ser un individuo en situación de vulnerabilidad, el Estado debe propender por garantizar sus derechos, especialmente aquellos que no se encuentran restringidos.

Respecto del término para resolver las peticiones, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue declarado inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014 establece que:

**ARTÍCULO 14.** Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.”

(...)PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

Igualmente, la Corte Constitucional ha determinado que el núcleo esencial del derecho de petición consiste en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, puesto que de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve lo solicitado. Bajo éste contexto la respuesta debe cumplir con los siguientes requisitos: “1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.”

En el caso de autos, denotan los documentos obrantes en los folios 25 y siguientes del cuaderno de tutela, que el accionante desde el 05 de diciembre de 2013 ha elevado múltiples derechos de petición ante el DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA – EPAMSCASPAL, solicitando que se autorizara el ingreso de sus visitas y cambio del patio asignado, sin que hasta antes de la formulación de la tutela se hubiere producido la respuesta de fondo, a pesar de que efectivamente las solicitudes fueron recibidas por la autoridad accionada. Luego, con la anterior omisión se vulneró el derecho fundamental de petición, el cual debe ser protegido a través de éste mecanismo preferente como en efecto lo hizo el juez de primera instancia.

Por lo tanto, como ha transcurrido ampliamente el término legal para que el DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PALMIRA – EPAMSCASPAL emitiera la correspondiente contestación, sin que ello hubiese ocurrido, se abre paso el amparo reclamado, máxime cuando la solicitud fue interpuesta por una persona privada de la libertad.

Basten entonces los anteriores argumentos para revocar los numerales primero y segundo de sentencia apelada como en efecto se hará.

**Tutela de segunda instancia (T-048-14) del 25 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada.**

#### **SALA LABORAL:**

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – La separación de hecho no impide su reclamación si el vínculo matrimonial persiste a la fecha del fallecimiento del pensionado.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 100 de 1993, artículo 47.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

A tono con la previsión que trae el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a esta Corporación elucidar si la demandante, LUZ MERY SALAZAR DE CORTÉS, tiene derecho a la pensión por sobrevivencia que surgió del fallecimiento del pensionado por invalidez, MARINO CORTÉS JIMÉNEZ; en aplicación de la jurisprudencia citada por el recurrente y de conformidad a las probaturas que glosan en los autos.

En primer lugar y por considerarlo de vital importancia para la resolución del recurso, se resalta que la recurrente acudió a la jurisdicción en calidad de

cónyuge sobreviviente del señor CORTÉS JIMÉNEZ; sin embargo, si se revisa de nuevo la demanda se atisba que allí hizo referencia a trámites judiciales de separación de cuerpos, liquidación de la sociedad conyugal y demanda por alimentos que instauró en vida del causante.

Bien, dado que el señor MARINO CORTÉS JIMÉNES falleció el 09 de julio de 2007, regía el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a la luz de esta norma se establecerá qué condiciones debía acreditar la recurrente, para considerarse beneficiaria de la pensión por sobrevivencia derivada de la muerte del señor MARINO CORTÉS JIMÉNEZ.

En efecto, en lo que interesa al recurso, la norma en comento establece:

***“Artículo 47.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:***

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

b) (...)

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

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; ...”*

El aparte subrayado es el que en principio aplicaría al presente caso, disposición que impone para el reconocimiento de una cuota parte de la pensión por

sobrevivencia al o la cónyuge sobreviviente que demuestre convivencia por espacio de más de cinco (5) años anteriores al deceso y separación de hecho con vigencia del nexa matrimonial.

De entrada se advierte que en el caso bajo estudio no se colma el presupuesto de separación de hecho con vigencia del vínculo matrimonial pues está plenamente comprobado que mediante sentencias de 1º de abril de 1986 y 06 de marzo de 2007, se decretó la separación indefinida de cuerpos y el divorcio y consecuencia cesación de efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre la actora y el causante, respectivamente, lo que conllevó a que mediante escritura pública No. 1690 del 30 de octubre de 1985, corrida en la Notaría Segunda de Buga, Valle, liquidaran la sociedad conyugal -folios 83 a 90 y 146 a 154-.

Es que las citas jurisprudenciales citadas por el abogado recurrente no se acompañan con la facticidad que ofrece el presente litigio; pues en aquellas se parte de la base que, a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, el vínculo matrimonial persiste a la época del fallecimiento del pensionado, situación que no se presenta, como ya se dijo.

Ahora bien, ante la ruptura legal del matrimonio, quedaría por averiguar si a la fecha del deceso del extinto Cortés Jiménez, la reclamante hacía vida marital con este con las características de continuidad y comunidad de techo, lecho y mesa, por espacio no menor a los cinco (5) años que precedieron a su fallecimiento, cual lo ha pregonado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De los hechos de la demanda emana que a la data del óbito del expensionado, la pareja compuesta por el señor Cortés y la señora Luz Mery Salazar, no convivía bajo el mismo techo y que aquel no cumplía con los deberes de auxilio y ayuda económica a su esposa, dado que esta tuvo que demandarlo por alimentos para su subsistencia (sentencia civil No. 028 de 10 de febrero de 1998- hecho séptimo de la demanda –folio 3) y además de ello, el finado se había radicado en el Corregimiento Cambimbal y posteriormente en el Municipio de Yotoco- Valle.

En consecuencia, no se puede predicar que, después de la separación de cuerpos de la pareja compuesta por el causante y la señora Luz Mery Salazar, se hubiere configurado una verdadera unión marital, como la que exige la ley, para que se hiciera merecedora de la prestación sustitutiva que reclamó ante esta jurisdicción.

De allí que fuerza la confirmación de la sentencia recurrida, debiéndose condenar en costas a la demandante y apelante vencida, dado el resultado del recurso que instauró. A efectos de la liquidación de costas se fija la suma de \$250.000,00, que la misma deberá pagar al Banco Cafetero S.A.- en liquidación e igual cantidad para la litisconsorte señora María Angélica Ramos.

**Sentencia 005 del 12 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**DEMANDA LABORAL – No se puede rechazar cuando el demandante manifiesta la imposibilidad de aportar la prueba de existencia y representación del demandado y no conocer su lugar de domicilio o de notificaciones.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Procesal del Trabajo, artículo 25, numeral tercero y artículo 26, numeral cuarto.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El extremo activo insiste en que la demanda debió ser admitida, en razón a que los artículos 25 y 26 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan puntualmente que en caso de imposibilidad en aportar el certificado de existencia y representación de la parte demandada le corresponde al juez de conocimiento asumir esta carga y porque de otro lado, porque dejó constancia de ese hecho y de su desconocimiento de la dirección para notificaciones.

Bien, el artículo 26 de la codificación procesal del trabajo detalla los anexos que se deben acompañar a la demanda, así:

*“...ARTICULO 26. ANEXOS DE LA DEMANDA. - La demanda deberá ir acompañada de los siguientes anexos:*

*(...)*

*4. La prueba de la existencia y representación legal, si es una persona jurídica de derecho privado que actúa como demandante o demandado.*

*(...)*

*PARÁGRAFO.- Ante la imposibilidad de acompañar la prueba de la existencia y representación legal del demandado, se afirmará tal circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda. Esta circunstancia no será causal de devolución. El juez tomará las medidas conducentes para su obtención. ...”* (Resaltas de la Sala)

En este punto, se observa que en el auto inadmisorio del pliego originario, el juzgado instó a la activa para que allegara el certificado de existencia y representación del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA – AGROALIMENTARIO – SINALTRAINAL, entidad que se encuentra relacionada en el poder otorgado por el demandante.

Sin embargo, tal causal de inadmisión no se configuró en el caso de la especie, dado que a folio 24, consta la afirmación que bajo juramento efectuó el apoderado del actor en el sentido de no tener conocimiento de la existencia y representación de esta entidad.

Además, el togado manifestó en forma clara, la razón por la cual no podía acompañar el certificado de existencia y representación legal de la entidad, en tanto que dejó consignado que remitió derecho de petición a la Coordinación del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social y del Trabajo, con el fin de acreditar la existencia del sindicato y no le fue posible obtener respuesta, situación que el juez desconoció sin justificación.

Ahora, respecto a la segunda causal de inadmisión, se precisa que el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, prescribe las formas y requisitos de la demanda y en su numeral 3º establece que la misma debe contener “...El domicilio y dirección de las partes, y si se ignora la del demandado o la de su representante si fuere el caso, se indicará esta

circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda. ...”

Por manera que si la parte demandante no está en posibilidad de aportar la dirección donde puede ser citado el demandado, así debe manifestarlo y en tal caso, el juez no puede inadmitir la demanda, sino que en su oportunidad debe dar aplicación a las normas que regulan la notificación en estos casos.

Entonces, como quiera que a folio 24 se lee la manifestación de la activa en relación a que ignora la dirección del sindicato demandado, tampoco se podía rechazar la demanda por este motivo.

En suma, las falencias que halló el juzgador para inadmitir la demanda no se acompañan con la realidad que muestran las foliaturas y menos con las normas que disciplinan las exigencias de la demanda laboral, puesto que como se verificó, el apoderado del actor le dio a conocer que estaba en imposibilidad de aportar el certificado de existencia y representación del sindicato demandado y que ignoraba su lugar de domicilio, o de notificaciones.

En consecuencia, fluye sin mayores esfuerzos argumentativos la revocatoria de la decisión interlocutoria recurrida y en su lugar se ordenará al funcionario instructor que proceda a admitir la demanda y a efectuar los demás ordenamientos que de allí se desprenden.

No habrá lugar a emitir condena por concepto de costas, en virtud a que aún no se ha conformado la relación jurídica procesal.

**Auto 034 del 19 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca el auto apelado.**

**JURISDICCIÓN DEL TRABAJO – Los procesos de reorganización empresarial no inhiben su competencia en los asuntos de índole laboral.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1116 de 2006, artículos 7, 20 y 50.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

En el presente, se establecerá si el juzgado tiene o no competencia para conocer de la controversia que le planteó el demandante y si el proceso entonces, debe o no continuar, por encontrarse en curso un proceso de reorganización empresarial en el que por auto del 5 de abril de 2013, se reconoció al demandante como acreedor de la suma de \$4.247.243,00.

Es que el apoderado judicial de la empresa demandada insiste en que la presente controversia debe ventilarse ante la Superintendencia de Sociedades, por los cauces el proceso de reorganización empresarial regulado en la Ley 1116 de 2006; argumento que no comparte esta Sala, en razón a que, dada la naturaleza de la controversia que por esta jurisdicción se ventila, esta es competente para su conocimiento y por ende, el procedimiento que se está surtiendo es propicio.

Memórese que la demanda versa sobre unos derechos sociales originados en una relación de trabajo subordinada que fluctuó entre el 13 de enero de 2009 y el

03 de agosto de 2012; por ende, dado que el demandante acude en calidad de trabajador y la demandada en condición de empleadora, que no de empresa, no puede adjudicarse el conocimiento de este proceso a la Superintendencia de Sociedades, como tampoco puede adecuarse el trámite a los postulados de la Ley 1116 de 2006.

Así las cosas, la falta de competencia, también reluce improcedente y de se mantiene incólume la decisión de rechazo de nulidad, pues como ya se dijo, esta jurisdicción es competente para conocer del asunto y el autorizado para su trámite no es funcionario diferente al juez laboral del circuito.

No obstante las anteriores consideraciones; que pueden resultar suficientes para confirmar las providencias interlocutorias de primera instancia; precisa la Sala que a la fecha de terminación del contrato de trabajo (03 de agosto de 2012), no se había dado inicio al proceso de reorganización empresarial (11 de octubre de 2012) y que la causal esgrimida por la empresa, según se desprende de la demanda, es la necesidad de cambios administrativos dada la situación económica que atraviesa (folios 31 a 35); de allí que es necesario hacer claridad en torno a que el proceso de reorganización empresarial no conduce a que cesen las actividades de la empresa, aspecto que lo diferencia del proceso de liquidación, en el cual; por disposición del numeral 5º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006; su apertura produce *“la terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les correspondan.”*

Es que la apertura del proceso de reorganización solo genera efectos sobre los procesos ejecutivos en curso contra la empresa en reorganización, los cuales se hayan discriminados en el artículo 20 de la citada ley 1116; mas no afecta los contratos de trabajo, en tanto que la primera etapa se orienta a la preservación de las empresas viables y a la normalización de sus relaciones comerciales y crediticias a través de una reestructuración operacional y administrativa de activos y pasivos y que la etapa de liquidación; que solo se produce ante incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999 o por las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la misma ley 1116; propende porque esta sea pronta y ordenada buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor y se inicia con la disolución de sociedad (numeral 1º, artículo 50), siendo a partir de allí cuando se producen las terminaciones de los contratos de trabajo, situación que acarrea el pago de las indemnizaciones legales.

Allende, el artículo 7º de multicitada ley 1116, prevé que *“el inicio, impulsión y finalización del proceso de insolvencia y de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera sea su naturaleza. De la misma manera, la decisión del proceso de insolvencia tampoco constituirá prejudicialidad.”* (Lo resaltado es de la Sala)

Entonces, no resulta atinado afirmar tan categóricamente que por el solo hecho de entrar en fase de reorganización, la persona jurídica demandada no puede comparecer a juicio ordinario, para que se determinen obligaciones laborales a

favor de quien ya había sido despedido al momento en que se dio inicio al proceso comercial.

En este orden de ideas y en todo de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el juzgado; de los que se resalta el que apunta que las excepciones que se declararon no probadas se fundamentaron en los mismos hechos en que descansó la solicitud de nulidad; fuerza la confirmación de los autos interlocutorios recurridos.

Finalmente, no se impondrá condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

**Auto 033 del 19 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**SUSPENSIÓN EN EL CARGO DE RECTOR UNIVERSITARIO - La acción de tutela no es el camino adecuado para controvertir tal determinación.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 30 de 1992, artículo 65, literal e); Ley 734 de 2002, artículo 157.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-548 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El accionante pretende que se decrete la nulidad de la resolución por medio de la cual el Consejo Superior lo removió temporalmente del cargo de rector de la Universidad del Pacífico, pues de esa manera se le protegen los derechos fundamentales, como el debido proceso y los principios rectores del proceso disciplinario tales como doble instancia, derecho de defensa, proporcionalidad y motivación.

Conforme a las pruebas allegadas al trámite, corresponde a esta Sala determinar si; a pesar de existir otros medios de defensa judicial; resulta procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales que en criterio del actor le han sido vulnerados y así declarar por este amparo la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto.

Desde ya se sentencia que en puridad de verdad el accionante ha planteado ante esta sede constitucional un conflicto jurídico que no puede ser resuelto en esta; en primer lugar, dada la concreta y limitada finalidad que el artículo 86 de la Constitución Política le imprimió a la acción de tutela, que no es otra distinta a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales “*cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*” y en segundo lugar, por la específica previsión que trae la norma en relación a que dicha acción “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*”

De la norma atrás transcrita emerge meridianamente que no es viable el ejercicio de la acción de amparo, cuando se obvian las acciones especiales que las leyes

han consagrado como los mecanismos más idóneos para que las personas puedan lograr el reconocimiento de sus derechos, o el cumplimiento de obligaciones contractuales.

Al efectuar un análisis exhaustivo de la documental aportada, se constata que mediante Resolución Superior No. 01 de data 08 de noviembre de 2013 (folios 30 a 33), la entidad convocada a juicio dispuso: *“ordenar como medida cautelar, conforme al artículo 157 de la Ley 734 de 2002, por el término de tres (3) meses a partir de la ejecutoria de la presente, la suspensión provisional del señor Rector de la Universidad del Pacífico Dr. FLORENCIO CANDELO ESTACIO”*.

Así, se precisa que las normas que sirvieron de fundamento a la decisión adoptada mediante la resolución antes citada, cual es, el literal e) del artículo 65 de la Ley 30 de 1992, determina:

*“Artículo 65. Son funciones del Consejo Superior Universitario:*

- a)...*
- b)...*
- c)...*
- d)...*
- e) Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos...”*

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, reza:

*“...ARTÍCULO 157. SUSPENSIÓN PROVISIONAL. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.*

*El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.*

*El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.*

*Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.*

*Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el*

*disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente.*

*Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.*

*Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.*

*PARÁGRAFO. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia...” (Las resaltas están fuera de texto).*

En ese orden de cosas, observa la Sala que el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico tiene competencia para expedir adelantar actuaciones administrativas que competan con el funcionamiento de la universidad y en este preciso caso estaba facultado para decretar “*la suspensión provisional del rector*” cargo que ostenta el quejoso; pero valga resaltar que las normas anteriormente reseñadas también establecen que el sancionado cuenta con el recurso de reposición; es decir que si al accionante se le notificó dicha decisión el 14 de noviembre de 2013, debió recurrir la misma, si se encontraba en desacuerdo con ella, como se le anunció en el numeral quinto del acto administrativo en mención -folio 34-.

De conformidad con las anteriores premisas, fácil resulta colegir que la entidad accionada realizó el procedimiento apegado a la legalidad y concedió al actor la oportunidad de recurrir la *RESOLUCIÓN SUPERIOR No. 01 de 08 de noviembre 2013*; de donde se puede aseverar que no se presentó vulneración del derecho fundamental al debido proceso, por cuanto se llevaron a cabo cada uno de los ritos legales en cuanto a los actos de notificación, prueba de ello es que el accionante no recurrió la referida resolución.

Ahora, si el accionante considera que el acto mediante la cual fue suspendido provisionalmente es contrario a derecho, esta colegiatura estima que cuenta con otros mecanismos de defensa para enervar la decisión tomada por el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico, los que pudo hacer valer en su oportunidad ante la autoridad investigadora y ya en firme el acto administrativo de carácter personal, puede demandarlo por vía de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho; por lo tanto mal puede, a través del amparo deprecado, pretender que se revivan las oportunidades perdidas; por consiguiente, su caso debe exponerlo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Las anteriores y breves reflexiones tornan improcedente el amparo constitucional anhelado por el actor y en ese orden de ideas, fuerza la confirmación de la decisión impugnada como pasa a decidirse.

**Tutela de segunda instancia (T-013-14) 19 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CONCEJALES – Se vulnera al impedir el pago de sus aportes en salud.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 136 de 1994, artículos 65 y 68; Ley 1551 de 2012, artículo 23; Resolución 1414 de 2008, artículo 1; Resolución 00078 del 17 de enero de 2014 del Ministerio de la Protección Social.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el caso en concreto, pretenden los accionantes es la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la vida digna, a la integridad personal y a la seguridad social, los cuales afirman, han sido vulnerados por parte del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y la EMPRESA ASOPAGOS S.A., dado que no han logrado cancelar los aportes en salud, al presentarse un bloqueo en la plataforma habilitada para tal efecto.

Antes de profundizar en la resolución de la solicitud de tutela, se aludirá a las normas que modernizan la organización y el funcionamiento de los municipios, propiamente en lo atinente a los Concejos Municipales, regulados por el artículo 65 de la Ley 136 de 1994, que establece que los concejales no se encuentran vinculados laboralmente con la entidad territorial, sino que reciben honorarios por la asistencia a sesiones plenarias de la corporación territorial, sin que ello significa que no tengan derecho a acceder a la seguridad social o mucho menos, que estén exentos de realizar los aportes correspondientes.

El artículo antes aludido reza:

*“...ARTICULO 65. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS. Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.*

*Así mismo, tienen derecho, durante el periodo para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida y a la atención médico-asistencial personal, vigente en la respectiva localidad para los servidores públicos municipales.*

*Las resoluciones que para efecto de reconocimiento de honorarios expidan las mesas directivas de los concejos, serán publicadas en los medios oficiales de información existentes en el respectivo municipio o distrito. Cualquier ciudadano o persona podrá impugnarlas, y la autoridad competente, según el caso, dar curso a la investigación o proceso correspondiente.*

*PARAGRAFO. Los honorarios de que trata este artículo se causan a partir del 1 de enero de 1994. ...”*

Bien, sobre la obligatoriedad de afiliación y cotización al sistema de seguridad social integral, en el artículo 1º de la Resolución 1414 de 2008, se dispuso:

*“Artículo 1º. De conformidad con los Decretos 1465 de 2005, 1670 de 2007 y 728 de 2008, todas las personas que, de acuerdo con la Ley estén obligadas a efectuar aportes al Sistema de la Protección Social, incluidas las personas que*

contando con ingresos, estos no provengan de una relación laboral o legal y reglamentaria, deberán hacerlo a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, PILA, bien sea en su modalidad electrónica o en la asistida; los municipios y distritos, por cuenta de sus servidores públicos, así como respecto de aquellas personas a quienes se aplique el descuento correspondiente de los honorarios percibidos, también deberán utilizar este instrumento para realizar el pago de sus aportes. Esta obligación también se extiende a los concejales municipales o distritales, dado que sus ingresos no provienen de una relación laboral o reglamentaria, obligados a aportar a salud y a pensiones... (Las negrillas son del Tribunal).

Ahora, en lo atinente a la afiliación y pago de los aportes al sistema de salud, el artículo 68 de la Ley 136 de 1994, dispone que los concejales tienen derecho durante el periodo para el cual han sido elegidos, *“a la atención médico – asistencial a que tiene derecho el respectivo alcalde, es por ello que la afiliación y el pago de los aportes a este régimen debe ser asumida por el municipio, el cual tiene dos opciones para hacerlo, mediante una póliza de seguro de salud o realizando su afiliación al régimen contributivo en salud.”*

Entonces, los concejales tienen la obligación de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por mandato expreso de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003), la cual establece que deben afiliarse obligatoriamente al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, entre otros, los servidores públicos; de la misma manera lo manda el artículo 23 de la Ley 1551 de 2012, el cual pregoná la obligación de cotización al sistema, sin que de ello se pueda deducir que existe una relación laboral entre los concejales y la entidad territorial.

Ciertamente, el artículo 23, expresa:

*“Artículo 23. Los Concejales tendrán derecho a seguridad social, pensión, salud ARP, sin que esto implique vinculación laboral con la entidad territorial. Para tal efecto, los concejales deberán cotizar para la respectiva pensión.*

*Los concejales de los municipios de 4a a 6a categoría que no demuestren otra fuente de ingreso adicional, recibirán un subsidio a la cotización a la pensión de 75% con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional”.*

Ahora, si bien el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 000078 el día 17 de enero de 2014, en la que introdujo modificaciones a la Resolución 1747 de 2008; la misma, según se lee en su artículo 4º, *“...rige desde la fecha de su publicación, a partir de la cual los operadores de información dispondrán de un plazo de dos (2) meses para adecuarse a lo aquí previsto.”*

En compendio de las normas citadas y teniendo en cuenta que lo pretendido por los accionantes es que se les autorice el recibo de las cotizaciones a salud de enero de 2014, frente a lo cual ASOPAGOS S.A. informó a esta agencia constitucional que a pesar del mensaje aparecido en su página web, en el sentido que la planilla incluía cotizantes tipo 6, constató que el Concejo Municipal de Tuluá nunca ha cotizado bajo el código 6, razón por la cual actualmente no existe

bloqueo para efectuar las cotizaciones; la Sala estima que sí se les impidió realizar las cotizaciones, con fundamento en directrices emitidas por el Ministerio de Protección Social (como lo informó ASOPAGOS S.A.), situación que comporta una inminente suspensión de los servicios asistenciales que derivan de su condición de afiliados al sistema los señores concejales; por ello y sin mayores preámbulos, fuerza la intervención constitucional y se les tutelaré el derecho fundamental a la seguridad social, para ordenar al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que en término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta providencia, indique a ASOPAGOS S.A., los términos en los cuales deben cotizar los Concejales del Municipio de Tuluá, por los meses de enero, febrero y marzo de 2014, esto es, antes de que empiece a aplicarse la Resolución 000078 de 17 de enero de 2014, a fin que ASOPAGOS, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes al recibo de la información por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, habilite la plataforma para que se hagan efectivas las cotizaciones de los Concejales del Municipio de Tuluá, del mes de enero del año que avanza.

También se prevendrá a los accionados que del cumplimiento a la presente orden de tutela deben dar cuenta oportuna a esta Sala, la cual en todo caso velará por el mandato aquí emitido y que cualquier incumplimiento será sancionado conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

**Tutela de primera instancia (T-016-14) 21 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: tutela el derecho a la seguridad social.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES – Las crisis presupuestales de las entidades públicas no justifica el incumplimiento de las obligaciones laborales ni la desatención de los derechos mínimos y fundamentales de los empleados y trabajadores.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 20.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias SU.484 de 2008, T-661 de 2010 y T-214 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Lo pretendido concretamente por la accionante es la protección del derecho fundamental al mínimo vital, el cual estima vulnerado por la accionada, dado que desde el mes de octubre hasta el mes de diciembre de 2013, no le se le han cancelado los salarios, la prima de diciembre y los incrementos correspondientes al año 2013; sin embargo, la entidad recurrente aduce que no está en capacidad de pagar los salarios adeudados a aquella, dada la situación financiera por la que atraviesa la institución hospitalaria.

Es verdad incontrastable que la señora MARÍA FARCONERY PÉREZ DÍAZ, labora como auxiliar de enfermería para el hospital enjuiciado, desde el 29 de agosto de 1990 hasta la actualidad y que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL TOMÁS URIBE URIBE- E.S.E., guardó silencio al requerimiento efectuado por el juzgado de conocimiento y por ello, al momento de proferir el respectivo fallo, se aplicó en su contra la presunción de veracidad, de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, canon que dispone que las entidades accionadas tienen la obligación de rendir los informes que les sean solicitados en desarrollo del proceso de

tutela dentro del plazo otorgado por el juez, por manera que si dichos informes no son rendidos dentro del término conferido, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano la solicitud de amparo, salvo que el funcionario judicial crea conveniente otra averiguación previa.

Entrando en el meollo del asunto y como introito al problema a resolver, resulta oportuno traer a colación lo manifestado por nuestro máximo Tribunal Constitucional en torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener la cancelación de salarios y prestaciones sociales. Así se expresó en sentencia de tutela No. 214 de 2011:

“...Con todo, la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela no es procedente para obtener el pago de acreencias laborales; sin embargo, se ha advertido que, de manera excepcional, a través de esta acción constitucional se puede obtener la cancelación de salarios, siempre que éstos constituyan la única fuente de recursos económicos del trabajador que le permitan asegurarse una vida digna, así como cuando la falta de dicha prestación afecte su mínimo vital y el de su familia, con todo lo que ello conlleva, teniendo en cuenta que de la misma depende su afiliación al sistema de seguridad social tanto en salud como en pensiones. En este orden de ideas, el derecho al pago oportuno del salario emerge como un derecho fundamental y como tal, merece protección a través del mecanismo de la tutela...”

De esa manera, si bien la accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de protección, esto es, acudir a la jurisdicción laboral a reclamar los salarios adeudados, estima esta Sala que aquel es ineficaz, dado que la tardanza en obtener resultados frente a su situación de vulnerabilidad, no guardan proporción con sus circunstancias particulares, en razón a que el salario es el único ingreso que percibe para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia, en este caso compuesta por ella y su señora madre, quien en la actualidad cuenta con ochenta y cuatro (84) años de edad, hechos que no fueron controvertidos por el hospital convocado a juicio.

Para la Sala la situación de la accionante va mas allá de los límites del derecho al mínimo vital, pues se hallan encartados derechos como la subsistencia en condiciones dignas, en tanto que manifestó que le ha tocado suscribir letras de cambio y pagar intereses de mora y corrientes, hasta llegar al punto de ser demandada ejecutivamente y estar expuesta a la suspensión de los servicios públicos domiciliarios y que no tiene para cubrir los demás gastos que se generan a diario, tales como el pago de la persona que cuida a su señora madre; así lo certificó con copia de las letras de cambio signadas por la accionante y de la factura de “impuesto predial unificado”, que obran en el plenario.

Ahora, respecto a la manifestación realizada por la entidad convocada, según la cual el incumplimiento en el pago de los salarios se originó en la situación del sistema de salud en Colombia, el cual no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar las acreencias laborales, situación que sustenta en lo establecido en la Resolución No. 2509 del 29 de agosto de 2012 emitida por la Superintendencia de Salud y Protección Social y por la cual se calificó al hospital accionado “en alto riesgo” para vigencia 2012 y adicional a ello, trajo a cita la Ley 1438 de 2011 que ordena que las Empresas Sociales del Estado categorizadas en riesgo medio o alto deberán adoptar un programa de

saneamiento fiscal y financiero –PSFF-, a fin de restablecer su solidez económica y financiera.

Sobre este tema puntual, la Corte Constitucional en la SU-484 de 2008, fijó su alcance frente a los derechos de los trabajadores, en los siguientes términos:

“...Ahora bien, este Tribunal ha sostenido de manera reiterada que la situación económica y presupuestal que afrontan un gran número de entidades públicas, no justifica el incumplimiento de las obligaciones laborales, y no constituye razón para suspender el pago de los trabajadores que, prestando su servicio personal, soportan la desidia de la Administración. En efecto, refiriéndose a esta práctica de los entes locales, la Corte ha sostenido “...ello no justifica que se abuse de las condiciones y de la posición que frente a ellos ostentan los empleados, hasta el punto que ciertos funcionarios comprometen los rubros destinados al pago de las nóminas para cancelar acreencias diferentes, o que no se adopten las medidas preventivas necesarias para evitar el cese en los pagos salariales, conductas éstas que, sin lugar a dudas, desconocen derechos fundamentales de los trabajadores y sus familias...””

De allí que la circunstancia planteada por el ente accionado no es óbice para que se presenten retrasos en el pago de las acreencias laborales de los empleados que se encuentran su servicio; dado que el hecho que la situación económica, presupuestal o financiera de la entidad no la exime de propender, como es obligado a todo empleador, por la protección y el respeto de los derechos mínimos y fundamentales de los empleados y trabajadores, pues de no ser así, se desconocería el derecho fundamental superior al mínimo vital ya que como se dejó decantado, este es el único medio de subsistencia con que cuentan la accionante y su señora madre para su subsistencia.

En ese orden de ideas, para esta Sala de Decisión, resulta claro que la accionada HOSPITAL DEPARTAMENTAL TOMÁS URIBE URIBE -E.S.E., vulneró el derecho al mínimo vital de la trabajadora y de contera el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, dado su incumplimiento en el pago oportuno de los salarios correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013, siendo ésta su única fuente de ingresos; de modo que resulta procedente el amparo constitucional y por remate la confirmación de la sentencia impugnada como pasa a decidirse.

**Tutela de segunda instancia (T-018-14) 26 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**NULIDAD POR CARENCIA TOTAL DE PODER – El poder conferido para litigar faculta al apoderado para formular la demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículos 70, 140, numerales séptimo y noveno, artículos 337 a 339 y artículo 509, numeral segundo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El aspecto medular que subyace en el recurso de apelación, alude a la viabilidad de decretar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo en referencia, en razón a que la demandante ROSALBA JARAMILLO DE TOBÓN, falleció y no otorgó poder a quien funge como su gestor judicial, para adelantar el proceso de ejecución que siguió al proceso ordinario; de allí que se configura la causal denominada indebida representación de las partes, por carencia total de poder para adelantar el proceso de ejecución.

Desde ahora, sentencia esta Sala que el auto recurrido debe ser confirmado, por idénticas razones a las que esgrimió el funcionario de la ejecución para rechazar la nulidad.

En efecto, en el proceso ejecutivo cuyo título consista en una sentencia de condena; según lo anuncia el numeral 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a nuestro proceso; solamente pueden proponerse las excepciones de *“pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y la de pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición.”*

En congruencia total con la norma dicta que la nulidad por indebida representación, podrá alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia.

Es así como la parte ejecutada formuló la nulidad por fuera de la oportunidad que le confiere la ley, de modo que la misma estaba llamada a su rechazo de plano, como lo determinó en primer lugar el juez de la ejecución.

Ahora, si en hipótesis que admite discusión se pregonara que la solicitud de nulidad fue incoada en oportunidad, habría que decir que el apoderado judicial que representa en este proceso a la ejecutante, estaba debidamente autorizado por la ley para formular la demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario en que se profirió la sentencia que sirvió de título base de recaudo ejecutivo.

Ello es así, porque el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, establece que el poder conferido para litigar abarca las siguientes actuaciones: solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas.

En tales condiciones y sin más disquisiciones, por innecesarias, se confirmará el auto apelado y sin que haya lugar a fulminar condena por las costas de segunda instancia, dado que no aparecen comprobadas, en tanto que la parte contraria a la apelante no se pronunció respecto a la nulidad y tampoco lo hizo sobre el recurso de apelación que aquí se desató.

**Auto 040 del 27 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.**

**PAGO PARCIAL DE CESANTÍAS – No puede hacerse, salvo la respectiva autorización, a través de títulos valores/PRESCRIPCIÓN DE LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN RETROACTIVO – La obligación se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo/PRESCRIPCIÓN DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS – Bajo el régimen de la Ley 52 de 1975 y el Decreto 116 de 1976.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 65, 254 y 488; Ley 52 de 1975 y Decreto 116 de 1976, artículo segundo; Código Procesal del Trabajo, artículo 151.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 8509 del 24 de abril de 1996.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Se precisa que las pretensiones esgrimidas por las demandantes, son: la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre el señor Víctor Manuel Mercado y el demandado, que rigió entre el 19 de junio de 1989 y el 04 de noviembre de 2007, fecha esta del fallecimiento del trabajador; el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses sobre las cesantías; último periodo de vacaciones; indemnización moratoria; indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo y auxilio de transporte causados entre el 19 de junio de 1989 y el 04 de noviembre de 2007; al igual que la indexación y costas procesales –folio 33-.

En dirección a demostrar que pagó las prestaciones sociales causadas en el interregno durante el cual el actor le prestó su fuerza de trabajo, el demandado aportó en diligencia de inspección judicial planillas de pago de jornales de los años 1996 a 2001 y con la respuesta a la demanda allegó varios recibos suscritos por la demandante Mariela Mercado y supuestamente por su padre fallecido; los cuales glosan entre las fojas 52 a 62; documentos que dan cuenta de pagos efectuados a aquella, por liquidación, préstamo o sin concepto y otros a favor del causante por concepto de préstamos; de donde se infiere que, ciertamente, el señor Tanaka entregó algunas sumas de dinero a la causahabiente, con posterioridad a la muerte del señor Mercado, sumas de dinero que, a no dudarlo, estaban destinadas a cubrirle las prestaciones sociales de que era beneficiaria la suscribiente.

Esta conclusión se corrobora con la manifestación efectuada por las demandantes al absolver interrogatorio de parte, quienes admitieron que el empleador de su padre les dio algunos dineros luego del óbito de este y con lo dicho en interrogatorio por el propio demandado, cuando expresó: “...Yo en vida de el (sic) le estuve dando plata a el (sic), prestamos (sic), auxilios para toda clase y a las hijas también les di su dinero, y yo había hablado con ellas que les iba a cancelar con la cosecha pero ellas no quisieron” –folio 77-.

Así las cosas, se cargaran al auxilio de cesantía, aquellos recibos en que consta que el dinero entregado por el demandado a la señora Mariela Mercado con posterioridad a la muerte de su padre fue por concepto de liquidación o pago; de modo que no se tendrán en cuenta aquellos en que se relacionaron como préstamo a la señora Mariela Mercado o a su padre y los relacionados con primas de servicios, dado que esta prestación no fue solicitada en la demanda, como tampoco los títulos valores suscritos por el finado; en tanto y en cuanto la ley solo autoriza el pago de prestaciones sociales en efectivo, no a través de títulos valores y en el caso de las cesantías, previa autorización emitida por el

Ministerio del Trabajo; *so pena* que, como lo consagra el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, los pagos efectuados sin la respectiva autorización, se reputen inválidos y por tanto el empleador pierde las sumas pagadas en tal condición, sin que pueda repetir contra el trabajador lo pagado. Ciertamente, el canon en mientes reza *ad litteram*:

*“Artículo 254.- Se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.”*

Bien, superado el primer problema jurídico y previo al estudio de las pretensiones económicas, entra la Sala a resolver el interrogante que alude a la prescripción de las cesantías, situación que obliga a tener presente que como el contrato de trabajo que se suscitó entre las partes, tuvo como data de inicio el 19 de junio 1989, época en la que regía el régimen retroactivo de cesantías, al no existir prueba que demuestre que el causante se trasladó al régimen anualizado que introdujo la Ley 50 de 1990; el auxilio de cesantía se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo y por tanto, a partir de allí comienza a correr el término de prescripción consagrado en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Entonces, como quiera que el demandado no pagó durante la relación laboral las cesantías causadas desde el 19 de junio de 1989 hasta el 04 de noviembre de 2007, fecha de terminación del contrato de trabajo, se procederá a su liquidación; teniendo en cuenta que, se itera, no se demostró que el ex trabajador se hubiere trasladado al régimen anualizado de liquidación de cesantías.

En consecuencia, al efectuar la liquidación de las cesantías causadas entre el 19 de junio de 1989 y el 04 de noviembre de 2007, con un salario base de \$484.500,00, integrado por el salario mínimo mensual de ese año, equivalente a \$433.700,00 y el auxilio de transporte por \$50.800,00, en 6616 días laborados, correspondían al extinto trabajador por este ítem, un total de \$8.904.033,00.

Ahora, los intereses a la cesantía, se ven afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, dado que se hacen exigibles a 31 de enero del año siguiente a la causación del auxilio de cesantía (31 de diciembre), o en caso de cesantías definitivas, en forma proporcional al tiempo de servicio transcurrido entre el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y la fecha del retiro, según lo prevén los artículos 1º de la Ley 52 de 1975 y 2º del Decreto 116 de 16 de febrero de 1976, por manera que como el retiro del ex laborante acaeció el día 04 de noviembre de 2007 y la demanda fue presentada el 17 de abril de 2009 (folio 35 vuelto), se declararán prescritos los intereses causados desde el 16 de abril de 2006 hacia atrás, debiéndose entonces liquidar los que se causaron entre el 17 de abril de 2006 y el 04 de noviembre de 2007, data de finalización del nexo social.

A tono con las previsiones citadas, los intereses a la cesantía que recaen sobre el saldo de cesantías que poseía el causante, en proporción al tiempo laborado entre el 17 de abril y el 31 de diciembre de 2006 (253 días), sobre un saldo de cesantías de \$8.054.497,00 que tenía a 31 diciembre de 2006, se concretan en la suma de \$679.263,00 y los que corresponden al saldo que tenía el finado a su favor por concepto de cesantías al 04 de noviembre de 2007 (8.904.033,00), en proporción a 304 días de esta anualidad, equivalen a la suma de \$902.275,00; por manera que el demandado debe pagar un valor total por concepto de intereses a la cesantía igual a \$1.581.538,00.

(...)En suma, se condenará al demandado, señor JULIO TANAKA NAKATA, a pagar a las demandantes, las siguientes sumas de dinero: \$454.033,00, por

cesantías; \$1.581.538,00, por intereses a las cesantías; \$298.169, por compensación de vacaciones; \$896.373,00 por auxilio de transporte; \$14.457,00 diarios, a partir del 05 de noviembre de 2007, hasta que se realice el pago total y efectivo de las prestaciones sociales aquí reconocidas y se revocarán los numerales segundo, tercero y cuarto de la providencia revisada.

Las costas de primera y segunda instancia, en aplicación de lo previsto en los artículos 1º y 3º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, estarán a cargo del demandado y vencido, señor JULIO TANAKA NAKATA. Se fija la suma de \$400.000,00 por agencias en derecho a favor de cada una de las demandantes.

**Sentencia 007 del 28 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca los numerales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada.**

**ACRECIMIENTO DE LA PENSIÓN – Por las mesadas dejadas de pagar a la hija que no demostró su escolaridad.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 1889 de 1994, artículos 8 y 15; Ley 100 de 1993, artículo 47; Ley 1149 de 2007, artículo 14.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión 2002-04019-01 (0304) del 14 de agosto de 2008, con ponencia de Alfonso Vargas Rincón.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)En el caso bajo estudio, la señora INGRID MABEL RIVAS VICTORIA fue acreedora al 50% de la pensión que le fue reconocida por el ente encartado; de modo que al cumplir 18 años de edad el día 22 de enero de 2005, para continuar disfrutando del porcentaje que le correspondió, debía acreditar escolaridad hasta el 22 de enero de 2012, data en que alcanzó la edad de 25 años; por manera que en principio, a partir del 23 de enero de 2012, la subrogaría en el derecho su madre y compañera permanente del exjubilado, como lo dispuso el *a quo*.

Sin embargo, se ha verificado, que como lo predica la parte demandada, hubo unas mesadas que se causaron y no le fueron pagadas a la hija del causante y adjudataria del 50% de la pensión por sobrevivencia, en razón a que no acreditó escolaridad y por ello, debe resolver la Sala si esas mesadas están llamadas a acrecer la cuota que por el mismo concepto le fue adjudicada a la demandante, o si por el contrario, no tienen destinatario alguno.

El artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, que trata sobre el acrecimiento en pensiones por sobrevivencia, reza *ad litteram*:

**“Artículo 8º.- Distribución de la pensión se sobrevivientes. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:**

- 1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.**

*A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.*

*A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derecho por partes iguales.*

(...)

*Parágrafo 1º.- Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden. ...”*

De allí que la norma consagra dos (2) circunstancias que producen el acrecimiento en el primer orden de beneficiarios que son: la expiración y la pérdida del derecho.

Lo anterior significa que cuando se extingue el derecho o fenece, hay lugar al acrecimiento; pero también opera el acrecimiento en eventos en que el derecho sufre algún detrimento, sin que se haya extinguido, es decir, cuando el beneficiario no aprovecha el derecho y por ello no queda en disposición de su disfrute, por alguna contingencia.

En el caso de autos, al no cumplirse la condición que le permitía a la señora INGRID MABEL RIVAS VICTORIA disfrutar del porcentaje de la pensión por sobrevivencia, obra el acrecimiento, puesto que si ella, como beneficiaria de primer orden no lo tuvo a su alcance, debe pasar a quien estaba por ley legitimada para sucederla en el porcentaje, esto es a su madre.

Como antecedente se cita un caso de connotaciones similares a este en el que; tres (3) hijos de una docente fallecida la sustituyeron en la pensión y dentro del lapso comprendido entre los 18 y los 25 años algunos de ellos no acreditaron estudios; el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón en proceso de radicación 2500-23-25-000-2002-04019-01 (0304) se pronunció el 14 de agosto de 2008 en el sentido de disponer el acrecimiento a favor de aquellos que sí acreditaron escolaridad.

En consecuencia, procede el reconocimiento de las cuotas pensionales dejadas de recoger por la señora INGRID MABEL RIVAS VICTORIA, a favor de la demandante, FENIX VICTORIA SINISTERRA y dado que la reclamación del acrecimiento fue presentada por la demandante el día 7 de septiembre de 2009 y la demanda, el día 18 de febrero de 2010 (folios 6 y 7), no se ha configurado la prescripción sobre las mesadas a reconocer.

En ese orden de ideas, se modificarán los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de declarar que la señora FENIX VICTORIA SINISTERRA, es beneficiaria del 100% del derecho pensional dejado por el señor EDGAR RIVAS CAMACHO, por las mensualidades de febrero de 2008 a enero de 2009 y de julio de 2009 en adelante, en forma vitalicia y definitiva, por lo que se CONDENARÁ a la demandada a pagar a la demandante, el 100% del derecho pensional dejado por el señor RIVAS CAMACHO, desde el

mes de febrero de 2008 hasta el mes de enero de 2009 y a partir del mes de julio de 2009, en forma vitalicia y definitiva, sin restricción o condición alguna, debiendo pagar a la ejecutoria de la presente providencia las mesadas pensionales a que fue condenada en el 50% restante, y se confirmará la providencia en sus demás disposiciones.

Las costas de esta instancia, las asumirá la parte demandada y para efectos de concretar la liquidación de las mismas, se señala la suma de \$500.000,00, a favor de la señora FENIX VICTORIA SINISTERRA.

**Sentencia 008 del 28 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: modifica los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada.**

**PROTECCIÓN LABORAL A LOS DISCAPACITADOS- Es necesario demostrar que la persona fue calificada como tal y desvinculada por dicha circunstancia.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 13 y 47; Ley 361 de 1997, artículos 5, 24 y 26; Ley 762 de 2002, artículo 1.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 25130 del 7 de febrero de 2006, 35232 del 15 de julio de 2008 y \$1687 del 30 de enero de 2013; Corte Constitucional, sentencias C-531 de 2000, C-401 de 2003 y T-198 de 2006.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El artículo 47 de la Constitución Política señala que el Estado tiene el deber de “adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” y, por otra parte, en su artículo 13, la Carta propugna porque el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones sea real y efectivo y en tal sentido ordena al Estado que adopte medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial de aquellos que por su condición física o mental se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, lo que ha dado en llamarse por la jurisprudencia constitucional acciones afirmativas.

Los susodichos mandatos supremos fueron desarrollados esencialmente por la Ley 361 de 1997, por la cual se establecieron los mecanismos de integración social de las personas con limitación, misma que en su artículo 24 establece que el Gobierno Nacional, dentro de la política nacional de empleo, adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación.

De igual manera, en su artículo 26, la citada ley, busca proteger a las personas que sufren una limitación originada en invalidez o minusvalía y para ello ha establecido programas de promoción de empleo y garantías para los empleadores que las vinculen laboralmente, con preferencias licitatorias o adjudicación y celebración de contratos públicos o privados y asimismo, establece mecanismos de prevalencia para que las personas vinculadas permanezcan en el empleo mientras no se produzca una justa causa de despido,

lo que se ha denominado “*estabilidad laboral reforzada*”, es decir que; como lo ha asentado la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos; el artículo mencionado establece que “*...la limitación de una persona, no 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.*”

Ahora, dentro de lo que puede denominarse “*protección laboral negativa*”, la Ley 361 de 1997 ordena que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina del Trabajo. Así, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por tal razón y sin el cumplimiento del requisito previsto en ella, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

La Corte Constitucional en sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido que el pago de la indemnización al trabajador discapacitado no convierte el despido en eficaz, si éste no se ha hecho con previa autorización del Ministerio de la Protección Social. En este sentido, la indemnización constituye simplemente una sanción para el empleador, más no una facultad para que despidiera sin justa causa al trabajador discapacitado...

Entonces, para determinar si una persona se halla limitada o disminuida físicamente, dispone el artículo 5º de la Ley 361 de 1997, que deben aparecer “*...calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea al régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto, las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.*” Y agrega el canon citado, que el carné que se le expida a la persona disminuida físicamente o con limitación, le servirá “*...para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente ley*” (Las subrayas están fuera del texto original)

Frente a la exigencia contenida en el artículo 5º de la ley en mención, se tiene que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo -30 de junio de 2008-, no existía prueba que acreditara que la actora tuviere una pérdida de capacidad laboral o que era una persona con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales, como consecuencia de la patología que le fue diagnosticada.

Es que, si bien es cierto que en el plenario aparecen las copias de las incapacidades arriba reseñadas (folios 11 a 18), tales incapacidades no pueden suplir la demostración del estado de discapacidad que requiere la Ley 361 de 1997, para hacerla acreedora a la indemnización y al reintegro deprecados.

De otro lado, desde antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado; como se muestra en la sentencia proferida el día 30 de enero de 2013, en proceso radicado al número 41687, en la que trajo a colación fallos emitidos desde el 25 de marzo de 2009 hasta el 28 de agosto de 2012; que no cualquier discapacidad es objeto de protección.

Por otro lado, la ley 762 del 31 de julio de 2002; publicada en el Diario Oficial número 44.889 del 31 de agosto del año mencionado, por medio de la cual se aprobó la “*Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*”, suscrita en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, ley y convenio declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003; explicó en su artículo 1º lo que se debe entender por discapacidad, así:

*“ARTÍCULO I. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:*

*1. Discapacidad. El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”*

De acuerdo a la definición antes transcrita, se extrae es que el disminuido físico está limitado para “...ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” y es por ello que una incapacidad temporal no encaja dentro de los presupuestos de la discapacidad.

Además de lo anteriormente considerado, valga recordar que la Corte Constitucional en providencia T-198 del 16 de marzo de 2006, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, expuso que de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral no puede derivarse la minusvalía o que la persona es limitada físicamente, pues entre estas existen diferencias.

Es así como se itera que al no estar demostrada la calidad de minusválida o de persona limitada física, síquica o sensorial de la actora y que la terminación del contrato de trabajo radicó en ese estado; la decisión de primera instancia ha de confirmarse; dado que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no envuelve una presunción de despido a favor de la persona limitada, sino que es preciso probar dentro del proceso que fue calificada como tal y que fue desvinculada por esa circunstancia, como también lo ha asentado la Corte Constitucional.

Dado el resultado del recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante. Al efecto se señala la suma de \$312.500,00 por agencias en derecho, a tenor de lo previsto en los numerales 1º y 3º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

**Sentencia 010 del 7 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**DERECHO A LA SALUD DE EXSOLDADO – No es viable la protección por tutela cuando el interesado no agotó la fase previa de valoración por la Junta Médica Laboral y no impugnó el informe administrativo por lesiones.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 1796 de 2000, artículos 3, 4, 8, 19, 20, 24 y 26.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1558 del 22 de abril de 2004.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Solicita la agente oficiosa del señor HÉCTOR JEOVER ZAPATA GUARÍN, que se le protejan a este los derechos fundamentales anteriormente descritos, los cuales considera vulnerados, en tanto que no se le han cancelado las acreencias a que tiene derecho y el seguro obligatorio suscrito al momento de incorporarse como miembro de la entidad accionada; no se ha ordenado su reintegro, para así acceder a tratamiento médico y a que se celebre la junta médica para determinar la disminución de la capacidad laboral y la imputación del origen de las lesiones. De igual manera pretende, que se modifique el informe administrativo emitido por el Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 “GR JOSE MARIA CABAL” (V) y que finalmente, se le reconozca la indemnización correlativa al accidente que sufriera en actos del servicios.

El Decreto 1796 de 2000; referente al examen de retiro, su obligatoriedad y término de realización y la práctica de la Junta Médico Laboral; en su artículo 19 consagra la convocatoria de Junta Médico Laboral, entre otros, a petición del interesado que se encuentre vinculado al servicio y que presente una afección posterior a la valoración por una Junta anterior; la cual también puede llevarse a cabo en un soldado retirado, que con posterioridad a su baja y con el transcurso del tiempo advierta una afección de salud física o mental.

El decreto en cita, en sus artículos 3, 4 y 8 determina el procedimiento a seguirse para la realización de los exámenes psicofísicos de ingreso y de retiro tendientes a determinar el estado de salud tanto de quien ingresa como de quien se retira de la institución, así:

**“ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA.** *La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.*

*Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.*

*Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.*

*Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.*

**PARAGRAFO.** *Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autorice para tal efecto.*

**ARTICULO 4o. EXAMENES DE CAPACIDAD SICOFISICA.** Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos:

1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.
2. Escalafonamiento
3. Ingreso personal civil y no uniformado
4. Reclutamiento
5. Incorporación
6. Comprobación
7. Ascenso personal uniformado
8. Aptitud sicofísica especial
9. Comisión al exterior
10. Retiro
11. Licenciamiento
12. Reintegro
13. Definición de la situación médico-laboral
14. Por orden de las autoridades médico-laborales

**ARTICULO 8o. EXAMENES PARA RETIRO.** El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.

*Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación.”*

Bajo estas disposiciones y una vez analizados los fundamentos fácticos, se desprende que el accionante ingresó a prestar servicio militar el pasado 6 de marzo de 2012 y en ejercicio, el 26 de octubre del mismo año, fue herido por un compañero, desprendiéndose de allí una afección en sus dedos meñique y anular de la mano izquierda, al igual que en la parte interna del muslo y debajo de la ingle de su pierna derecha; según informe elaborado por el Comandante del Escuadrón Estribo (folio 7); por lo se solicita la modificación del informe administrativo.

Así, se tiene que el informe administrativo por lesiones es uno de los pasos previos a la conformación de una Junta Médica Laboral, en la que se evalúa si un evento ocurrido durante el servicio tiene la virtualidad de afectar la salud, en qué medida y si hay lugar al reconocimiento de prestaciones.

Dentro de este marco, resulta oportuno hacer referencia al artículo 24 del Decreto 1796 de 2000, el cual establece:

**“INFORME ADMINISTRATIVO POR LESIONES.** Es obligación del Comandante o Jefe respectivo, en los casos de lesiones sufridas por el personal bajo su mando, describir en el formato establecido para

*tal efecto, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las que se produjeron las lesiones e informarán si tales acontecimientos ocurrieron en una de las siguientes circunstancias:*

*a. En el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad y/o accidente común.*

*b. En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo.*

*c. En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional.*

*d. En actos realizados contra la ley, el reglamento o la orden superior.*

**PARAGRAFO.** *Cuando el accidente en que se adquirió la lesión pase inadvertido para el comandante o jefe respectivo, el lesionado deberá informarlo por escrito dentro de los dos (2) meses siguientes a su ocurrencia.*

*En todo caso los organismos médico-laborales deberán calificar el origen de la lesión o afección.”*

Esta disposición, de manera explícita, contiene un imperativo para los organismos médico-laborales; y dos supuestos para determinar de dónde debe surgir el informe administrativo por lesiones. En efecto, la disposición establece (i) que en cualquier caso que se presente una lesión durante el tiempo en que se presta el servicio militar, las autoridades médico-laborales deben calificar el origen de la lesión o afección; (ii) que quien está obligado a informar de la lesión sufrida por el personal a su mando es el Comandante o Jefe del afectado; y que, (iii) en caso que el Comandante o Jefe pase de manera inadvertida el suceso, el lesionado debe informarlo por escrito, dentro de un término específico.

La expedición del informe administrativo por lesiones personales, constituye entonces uno de los soportes para que la Junta Médico Laboral registre la imputabilidad al servicio de la lesión, para posteriormente y con base en el dictamen, disponer si el afectado tiene derecho a la pensión por invalidez o a recibir una indemnización, siempre que los hechos que dieron origen a su lesión no impliquen un desconocimiento de la ley y de los reglamentos.

Ahora, en relación con la oportunidad para modificar los informes administrativos por lesiones, el artículo 26 del decreto mencionado, señala:

**“ARTICULO 26. MODIFICACION DEL INFORME ADMINISTRATIVO POR LESIONES. Los Comandos de Fuerza y la Dirección General de la Policía Nacional, quedan facultados para modificar el Informe Administrativo por Lesiones cuando éste sea contrario a las pruebas allegadas.**

*La solicitud de modificación deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir de la notificación del respectivo Informe Administrativo.*

*Para el personal civil de la Unidad Gestión General, la modificación del Informe Administrativo la realizará el Secretario General, y para el personal civil del Comando General de las Fuerzas Militares, la realizará el Jefe de Estado Mayor Conjunto”. (Subraya la Sala)*

De lo expuesto se concluye que en el caso en concreto, el término para presentar solicitud de modificación del informe administrativo se encuentra

más que vencido, pues, se itera, el mismo fue presentado por el Comandante de Escuadrón, Teniente JORGE CORREA ORJUELA, el día 05 de diciembre de 2012, contando el evaluado con un término legal de tres (3) meses para proceder como se indicó, plazo que venció el día 05 de marzo de 2013, sin que se hubiere realizado gestión alguna; por manera que ante la omisión o inactividad del interesado, no cabe la acción de tutela, la cual, ha dicho la Corte Constitucional, no es el medio adecuado para revivir términos judiciales o administrativos, salvo en los casos de irregularidades en los trámites.

Ahora, respecto a la celebración de la junta médica legal que deprecia la activa, con el fin que se determine la disminución de la capacidad laboral y la imputación del origen de las lesiones padecidas por el procurado y así acceder a las acreencias indemnizatorias a que haya lugar; esta Sala considera que, por su condición de soldado retirado, el señor HÉCTOR JEOVER ZAPATA GUARÍN tiene derecho a que se le practique la junta médica laboral, conforme al mismo pronunciamiento que en esta sede efectuó el señor Coronel Pedro Mauricio González Montaña, Subdirector de Sanidad del Ejército Nacional, en el sentido que el señor Zapata Guarín se encuentra activo en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares, y por ende, cuenta con los servicios de salud y las valoraciones tendientes a la definición de su situación médica laboral –folio 39-.

En este orden de ideas, no existe en la regulación citada, ningún término para la práctica del examen médico de retiro, presupuesto necesario para acudir a la Junta Médica Laboral, de modo que no se puede predicar que el asistido dejó vencer los términos con que contaba para realizarse la valoración de egreso. Ciertamente, el artículo 8º del decreto establece: *“El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado.”*

En este contexto, es plausible concluir que la carga de la práctica del examen de retiro recae sobre el retirado, pues, el Decreto 1796 de 2000, no ha establecido excepciones a su cumplimiento, tanto así que en su artículo 20, reitera: *“El soldado profesional tiene la obligación de presentarse a la Sanidad respectiva para la práctica de los correspondientes exámenes físicos, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de su retiro; si no lo hiciera, el Ministerio de Defensa Nacional quedará exonerado del pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar.”*

Así las cosas, la Sala DECLARARA IMPROCEDENTE la acción de tutela de referencia, en razón a que no se puede conjurar por este medio la desidia del procurado, quien, como quedó evidenciado, no agotó los pasos previos a la valoración por parte de la Junta Médica Laboral y tampoco se preocupó por impugnar oportunamente, el informativo administrativo por lesiones.

**Tutela de primera instancia (T-020-14) del 10 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara improcedente la tutela presentada.**

**ADMINISTRADORAS DE RIESGOS LABORALES – Les corresponde asumir el pago de las incapacidades laborales originadas en accidente de trabajo.**

### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 692 de 1994, artículo 1.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-786 de 2009, T-522 de 2010 y T-263 de 2012.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para desatar la impugnación presentada por la accionada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la Sala determinara si al haberse calificado al actor con una pérdida de la capacidad laboral del 0.0%, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no hay lugar a que se le paguen las prestaciones económicas “*incapacidades*” que le prescribió en su oportunidad la NUEVA EPS S.A., a pesar de que la cesación laboral fue producida por un accidente de trabajo, calificado así por la Junta de Calificación de Invalidez.

Adentrándonos al caso bajo estudio, pretende el accionante que se ordene el pago de unas incapacidades médicas, generadas entre el 31 de octubre de 2012 y el 02 de junio de 2013, a como consecuencia de un accidente de trabajo acaecido el día 28 de marzo de 2012, mismas que a la fecha no se le han cancelado en razón a que la NUEVA EPS, adujo que estas [*incapacidades*] deben de ser sufragadas por la ARL POSITIVA, por cuanto su patología tiene como origen un accidente laboral y por otra, parte la ARL convocada, desmintió la afirmación de la EPS y adujo que no le compete el pago de dichas prestaciones,, en razón a que no existe pérdida de la capacidad laboral y que la enfermedad o secuela es de origen común y por ende, no es no indemnizable.

Bajo este contexto, esta Sala de Decisión, realizará un estudio sobre las normas que regulan las incapacidades tanto de origen común como profesional y que interesan a esta tutela; lo anterior con el fin de apreciar las contingencias padecidas por el accionante en razón a la lesión que lo incapacitó para realizar sus labores, buscando así garantizar los derechos fundamentales deprecados.

Por sabido se tiene que las *incapacidades de origen común*, deben ser asumidas por la EPS a que se encuentre afiliado el cotizante y que las *incapacidades de origen profesional* le corresponde asumirlas a la Administradora de Riesgos Laborales, desde el primer día, hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y por tanto reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.

En síntesis, el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades corresponde a las Entidades Promotoras de Salud cuando se originan por enfermedades generales y accidentes comunes de los afiliados al régimen contributivo en salud y; a las Administradoras de Riesgos Laborales, las que se causen por enfermedad profesional o accidente de trabajo.

Ahora bien, se encuentra acreditado en el expediente de tutela que el quejoso presentó una larga incapacidad para laborar, lo que se demuestra con los certificados expedidos por la entidad prestadora de salud y se confirma con las afirmaciones contenidas en las respuestas dadas a este amparo, por las entidades convocadas a juicio, en el sentido que el accidente de trabajo no

arrojó pérdida de la capacidad laboral, pero sí se estableció que fue generada a consecuencia de una actividad laboral.

Así entonces, atisba este Tribunal que la ARL tutelada, es quien debe de atender lo rogado por el actor, esto es, el pago de las incapacidades, pues como se ha reiterado en esta providencia, su incapacidad devino de un accidente de trabajo y teniendo en cuenta que el sistema de seguridad social integral, existe el subsistema de “RIESGOS LABORALES”, que se encarga de asegurar un riesgo diferente, con una cobertura delimitada, tal como lo preceptúa el artículo 1 del Decreto 692 de 1994; no existe excusa alguna para que se niegue a pagar la prestación económica.

En efecto, se evidencia que el accionante está expuesto a padecer un perjuicio irremediable, en la medida que con la conducta desplegada por la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., se le viene coartando el ingreso que normalmente percibía por su actividad laboral y por ende, se le vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil y a la subsistencia en condiciones dignas.

Desde esta perspectiva y sin otras consideraciones, fuerza la confirmación de la decisión impugnada.

**Tutela de segunda instancia (T-022-14) del 14 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – Al trabajador no le correspondía responder por el hurto de unos caballos de cuya estada en la hacienda no tenía noticia.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 46 y 62, letra a).

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

No hay duda que, según lo aceptaron las partes, la relación de trabajo terminó por decisión unilateral de la empleadora, la cual fue comunicada al trabajador mediante comunicación fechada el día 04 de abril de 2011, obrante a folio 204, que reza:

*“...Queremos informarle que la Empresa no encuentra satisfactorias las explicaciones contenidas en sus descargos del día 30 de Marzo y ha resuelto dar por terminado su contrato por existir justa causa para ello con base en los siguientes motivos que constituyen faltas graves y grave incumplimiento de sus obligaciones como trabajador de la misma así:*

- 1. El pasado 19 de Marzo, en la Hacienda San Fernando para que usted presta el servicio de vigilancia, desaparecieron seis caballos sin que usted hubiese realizado alguna acción tendiente a impedirlo.*
- 2. Que tal y como usted lo manifiesta en sus descargos, usted advirtió la posibilidad de que entraran a robar la hacienda, y aún así, no realizó (sic) ninguna acción que pudiese evitar que las bestias hubieran sido robadas.*

3. *Resulta inexplicable la actitud asumida por usted, puesto que sus omisiones permitieron que los semovientes fueran robados de la hacienda.*
4. *Que esta falta cometida por usted, observa un claro incumplimiento de sus funciones y ha causado grave perjuicio económico a la empresa, perjuicio que a todas luces se hubiera podido evitar si usted hubiera atendido las manifestaciones del riesgo que usted advierte en sus descargos se presentó (sic) en la madrugada de dicha fecha. ...”*

De allí que el hurto de unos caballos, atribuido a la falta de diligencia del actor, fue la causa en que la demandada soportó la terminación del contrato de trabajo, al considerarla grave y también constitutiva de grave incumplimiento de las obligaciones por parte del demandante.

Recuérdese que según la jurisprudencia del trabajo, una vez demostrado el hecho del despido, corresponde al empleador demostrar que el hecho en que se sustentó la finalización del nexo, es una justa causa.

En este orden de exposición, se recaba que las justas causas por las cuales el empleador puede tomar la decisión de romper el vínculo laboral, son las que trae el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a), subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965; entre las cuales vale referir las relacionadas en los numerales 6º y 10º, que dicen:

*“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.” y “la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.”*

Se parte de esta premisa, en tanto que en la comunicación de terminación del contrato de trabajo, la demandada estimó que el hurto de un ganado caballar de las instalaciones de la empresa, la noche del 19 de marzo de 2011, se debió a falta o incumplimiento grave en que incurrió el actor, al no realizar ninguna acción tendiente a impedir el ilícito, dado el cargo que de vigilante ostentaba.

Con soporte en la comunicación de despido, en contraste con las pruebas obrantes en autos, determinará la Sala si los hechos enrostrados al extrabajador pueden ser calificados como faltas graves y/o grave incumplimiento de las obligaciones que a él concernían.

Bien, en diligencia de descargos que se realizó al actor el día 30 de marzo de 2011 (folios 202 y 203), observó de entrada que las funciones que le asignaron fueron las de despachar en las mañanas herbicidas y combustible, hacer entradas y salidas de tractoristas y llevar control de todo lo que entra y sale de la empresa; que al recibir el turno del día 19 de marzo de 2011, nadie le informó que en la empresa quedaban unas bestias o ganado, como es habitual; que en la madrugada de día, escuchó ladrar un perro por los lados donde vivía el señor Marino Torres, por lo que sospechó que se podían entrar, pero que pasados 10 minutos cuando el perro dejó de ladrar, hizo las rondas normales y no escuchó nada.

De otro lado, el extrabajador precisó que no salió hacia el lugar donde escuchó ladrar al perro, porque se le han dado instrucciones de no salir de las instalaciones de la empresa hacia los potreros, sin autorización del administrador y que no tomó medidas, dado que necesitaba una justificación para hacer un tiro, como se le ha instruido y porque no escuchó ruidos diferentes al ladrido del perro.

De la diligencia de descargos y de los testimonios reseñados, al igual que del interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la sociedad demandada, fluye meridianamente que en el presente caso no se le podía endilgar al extrabajador culpabilidad o negligencia que contribuyera a la consumación del hurto de seis (6) caballos que la noche del 19 de marzo de 2011 permanecían en predios de la sociedad demandada. Veamos por qué.

Dentro del proceso no se evidenció que al recibir el turno de vigilancia, el actor fuera enterado por el vigilante saliente que los caballos se encontraban en la propiedad de la demandada, como para encomendarle su cuidado.

En segundo lugar, el sitio donde se agruparon los caballos dista uno (1) o dos (2) kilómetros del puesto de trabajo que ocupa el vigilante en las instalaciones de la empresa, sitio que por demás, como lo dijo el representante legal de la demandada, tiene cincuenta (50) metros cuadrados de área total y está enmallado en 3 de sus lados, salvo en el que se encuentra la garita de vigilancia.

Otro aspecto a considerar, consiste en que el actor no fue adiestrado para prestar servicios diferentes a la vigilancia de maquinaria de la empresa y una bodega con insumos agrícolas, elementos que se encuentran dentro del área que ocupa el vigilante; pues la hacienda donde tiene asiento la empresa, cuenta con un mayordomo que, al igual que quince (15) trabajadores de la empresa, residen alrededor del puesto de trabajo del actor, como lo informó al juzgado su representante legal, personas que podían tener mejor acceso al sitio donde se encontraban los caballos –folio 246-.

En el contrato de trabajo aportado al proceso, no aparece consagrado como falta grave el incidente por el que fue despedido el demandante y como no se aportó al proceso el reglamento interno de trabajo, no se puede establecer que en ese plexo normativo estuviera consagrado el hecho y tampoco puede calificarse de tal por esta agencia judicial, puesto que el actor no estaba en el deber de responder por unos caballos de cuya estadía en la hacienda no tenía noticia.

De otra parte, las reglas de la experiencia enseñan que el hecho que un perro ladre no siempre es señal de peligro o de ingreso de intrusos, pues este animal reacciona ante fenómenos naturales o ante la presencia de otro animal.

Es más, de acuerdo a los elementos que debía cuidar el actor –maquinaria e insumos agrícolas-, la empresa se dedica a la agricultura y por ello no se puede predicar la presencia consuetudinaria de los equinos en la hacienda donde funciona la demandada, la cual, dicho sea de paso, contaba con asistencia en vigilancia de parte de la Policía Nacional y del Ingenio Providencia, así lo indicó su representante legal.

En estos términos, al no encontrarse configurada la falta grave y/o el grave incumplimiento de obligaciones, que se le enrostró al demandante para despedirlo, se deberá reconocer la correlativa indemnización, que en este caso,

corresponderá a los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de su finalización; atendiendo a que las partes estuvieron ligadas mediante un contrato de trabajo a término fijo inicial de seis (6) meses (folio 41), el cual admitió tres (3) prórrogas por término igual, al cabo de las cuales se fue prorrogando por un año, hasta el día 04 de abril de 2011, fecha en que finiquitó por decisión de la parte demandada.

En efecto, el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo; subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990; regula el contrato de trabajo así:

*“Artículo 46.- El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.*

- 1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
- 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.*

*Parágrafo.- En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.”*

Entonces, el contrato pactado inicialmente con duración de seis (6) meses, comprendidos entre el 09 de agosto de 2000 y el 09 de febrero de 2001, se prorrogó en tres oportunidades por periodo igual (desde el 09 de febrero de 2001 hasta el 08 de agosto de 2002); de forma que a partir del 09 de agosto su duración sería de un (1) año, en forma sucesiva; de donde se concluye que a la fecha de terminación del contrato de trabajo -04 de abril de 2011, faltaban por causarse un total de cuatro (4) meses y cinco (5) días; debiéndose reconocer la remuneración que corresponde a dicho periodo, de conformidad a lo prevenido en el inciso 3º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual, liquidada con el salario mínimo legal vigente de la época, se concreta en la suma de \$2.213.813,00, suma que indexada entre el 05 de abril de 2011 y la fecha de esta providencia, se traduce a \$2.398.057,00.

Ahora, con relación a la queja del recurrente, respecto a la liquidación de las prestaciones sociales definitivas; de la cual dice, no se efectuó con base en el salario que realmente le correspondía, pues no se tuvieron en cuenta las remuneraciones que percibió por trabajo nocturno; baste con afirmar que la pretensión consistente en reajuste de las prestaciones sociales definitivas no fue planteada en la demanda y si así hubiese sido, se advierte que de la liquidación que obra en el folio 205 del expediente se sigue que el salario promedio aplicado (\$24.711.33), supera con creces el mínimo diario del año 2011, el que fue de \$ 17.853,33.

En tales condiciones, se revocarán los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, para condenar a la parte demandada a pagar al actor la suma de \$2.398.057,00, por concepto de indemnización por despido injusto indexada, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra por el actor y se condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada. En esta instancia, se señala la suma de \$200.000,00 por concepto de agencias en derecho a favor del demandante.

Sentencia de segunda instancia (S-012-14) del 14 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada.

### **SOLIDARIDAD EN MATERIA LABORAL – Elementos a demostrar.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 34.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

A analizar la versión rendida por el señor Carlos Julio Rivera y los demás testimonios y documentos que se recaudaron en primera instancia; a fin de establecer si efectivamente el actor fue subordinado de ALMAVIVA S.A.; se encamina la Sala, en atención al principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pero antes de abordar el examen, se observa que la demanda contiene unas pretensiones declarativas que hacen relación a que se declare que entre el demandante y el señor Eugenio Rivera existió un contrato de trabajo a partir del 15 de julio de 1994, que continuó, por la muerte del señor Rivera, con el señor JHON FREDDY (sic) BARONA como empleador, hasta el día 30 de agosto de 2010; que se declare que entre Eugenio Rivera y ALMAVIVA S.A., existió un contrato de prestación de servicios para el movimiento de carga, que terminó con el señor Jhon Freedy (sic) Barona como contratista, el día 10 de agosto de 2010 y que en consecuencia, se declare a ALMAVIVA S.A., solidariamente responsable de las prestaciones sociales y demás derechos derivados de la contratación que existió entre el actor y los señores Rivera y Barona –folios 4 y 5-.

De allí que lo pretendido principalmente por el extremo activo es que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre Eugenio Rivera y/o Jhon Jairo Barona Flórez y a consecuencia de ello se declare solidaria a ALMAVIVA S.A., del pago de los derechos sociales reclamados, dada la contratación civil que presuntamente existió entre esta y los señores Eugenio Rivera y Jhon Jairo Barona Flórez; solidaridad que, según lo dispone el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, se configura siempre que las labores desplegadas por el contratista independiente, sean las propias u ordinarias de las actividades normales de la empresa o negocio del dueño de la obra o beneficiario de los servicios.

Así, quien pretenda reclamar esta solidaridad, debe demostrar en juicio tres (3) presupuestos, a saber: el contrato de trabajo entre el trabajador demandante y el contratista independiente; el contrato de prestación de servicios entre el empleador (contratista) y el beneficiario del trabajo o dueño de la obra y; que las

labores u obras desarrolladas por el contratista independiente son afines a las actividades normales de la empresa o negocio.

En ese orden de ideas, se establecerá si en el juicio quedaron evidenciados los anteriores presupuestos, no sin antes resaltar que en el curso del proceso los demandados en solidaridad negaron la existencia de contrato de trabajo entre ellos y el actor.

Bien, los documentos que obran entre las fojas 10 a 12, dan cuenta de que desde el 15 de noviembre de 1996, el señor EUGENIO RIVERA, tuvo afiliado al demandante a la EPS -S.O.S., en calidad de trabajador, afiliación que rigió hasta el mes de agosto de 1999.

El certificado de folio 13, indica que en el año gravable 1997, el señor EUGENIO RIVERA, efectuó retención en cuantía de \$21.560,00, sobre la suma de \$539.200,00 pagados a Fabio Saavedra, por concepto de servicios.

Las comunicaciones de folios 14 a 16, suscritas los días 01 de febrero y 09 de febrero, por el Director de la Sede Buga y Jefe y Operario de Bodegas de Almaviva S.A., respectivamente, son indicadoras de que esta empresa requería a los braceros que acreditaran la afiliación y cotización en riesgos profesionales y fondos de pensiones, para ingresar a sus instalaciones, ingreso que tenía hora fija en la mañana y en la tarde.

Los documentos que glosan entre los folios 28 a 146, aportados por ALMAVIVA S.A. con la respuesta a la demanda, muestran que esta no ha pagado salarios ni aportes a seguridad social y parafiscales, a favor del demandante y del señor Jhon Jairo Barona Flórez, durante los años 1993 a 2004.

(...)De las pruebas en reseñas fluye diamantinamente que según lo aceptaron las partes, el actor fungió como coterero en las instalaciones de la empresa ALMAVIVA S.A.; sin embargo, existe evidencia de que los braceros recibían la remuneración de manos de los camioneros o tractomuleros, quienes la entregaban al jefe de cuadrilla -Eugenio Rivera y/o Jhon Jairo Barona-, persona que se encargaba de repartirla entre los integrantes del grupo en horas de la tarde, afirmación en que coincidieron todos los testigos que comparecieron al juicio.

Ahora bien, el testigo Carlos Julio Rivera, hermano del finado Eugenio Rivera, no fue la excepción, dado que si bien afirmó que su hermano fue contratista de ALMAVIVA S.A. y que el señor Saavedra siempre fue coterero, puesto que lo conoció en ese cargo en el año 1970 o 1971, y a su regreso, después de un tiempo de ausencia, lo encontró allí; este hecho le resta credibilidad, pues en ese interregno no frecuentó las instalaciones de Almaviva y por ende, no estaba en capacidad de aprehender conocimiento de los hechos.

No obstante lo dicho, el testigo describió algunos hechos afines a los que narraron los demás testigos, que son: que las labores de cargue y descargue eran pagadas por los conductores de los camiones a un trabajador de la cuadrilla, quien en la tarde distribuía el recaudo entre todos sus componentes y que el arrume lo pagaba ALMAVIVA S.A., y su producto era repartido los días sábados por su líder.

Entonces, como lo refirieron los cotereros que declararon, entre ellos y el jefe de cuadrilla no se podía predicar la existencia de un contrato de trabajo, pues los

mismos coteros se organizaron como grupo y designaron un líder a quien la empresa solicitaba el servicio, coordinaba las labores y distribuía el producido entre quienes prestaban el servicio; sin que se pueda tampoco inferir que el pago de la seguridad social (riesgos profesionales), fuera un indicativo de subordinación, dado que la afiliación y pago de las cotizaciones, tenía como fin preservar la integridad de cada uno de los cargueros y en ese orden de ideas, la sociedad exigía su acreditación, en tanto y en cuanto las tareas se desarrollaban en sus instalaciones.

De otro lado, no quedó demostrado que entre el señor Jhon Jairo Barona Flórez y ALMAVIVA S.A., se hubiere celebrado un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, situación que fue ratificada por los testigos, quienes al unísono dieron noticia de que el producido de las actividades de cargue, descargue y arrume de mercancías, era distribuido directamente entre el conglomerado de coteros liderado por el señor Barona Flórez; lo que implica que de ningún modo, ALMAVIVA, contrataba y pagaba esos servicios a un contratista, en tanto que la remuneración es presupuesto indispensable para que se configure el contrato de prestación de servicios.

Ahora, la subordinación o dependencia que pudieron ejercer Almaziva S.A. o los señores Eugenio Rivera y Jhon Jairo Barona, frente al demandante, no quedó plenamente establecida en el proceso; dado que si bien existen documentos que dan cuenta de afiliación a una EPS, en los que se relaciona al señor Eugenio Rivera como empleador (folios 10 a 12) y declaraciones que hicieron ver al señor Barona Flórez como el jefe; las características que exhibieron sobre estas figuras, no son las propias de un verdadero empleador que ostenta el poder subordinante, directivo y disciplinario; en tanto que, no se beneficiaba directamente de los servicios que prestaban los braceros, pues, se repite, recogía el producido e inmediatamente lo distribuía entre todos los miembros de la cuadrilla, incluidos los pagos que efectuaba ALMAVIVA S.A., por labores de arrume; pues si bien ejercía un poder directivo, este se circunscribía a la coordinación de las faenas, de modo que no se demostró que impartiera órdenes y que dispusiera de la fuerza de trabajo de los asociados a la cuadrilla, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o calidad del trabajo y menos que impusiera reglamentos en forma continuada y permanente a los agrupados.

De esta forma, se concluye que no se demostraron los presupuestos basilares para la caracterización de la solidaridad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que de remate se traduce en la confirmación de la sentencia de primera instancia. Así, se condenará en costas de segunda al demandante y apelante vencido. A efectos de su cálculo se señala la suma de \$308.000,00, por agencias en derecho a favor de cada uno de los demandados, ALMAVIVA S.A. y JHON JAIRO BARONA FLÓREZ.

Sentencia de segunda instancia (S-013-14) del 14 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**ACCIÓN DE TUTELA - No es el mecanismo para obtener el reembolso de las sumas pagadas por concepto de incapacidades a la empleada del servicio doméstico.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 6; Decreto 306 de 1992, artículo 2; Ley 1438 de 2011, artículo 126.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso la demandante MARÍA SONIA HERRERA ALDANA, tiene afiliada a la señora ELIZABETH SANTAMARIA, al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de la NUEVA EPS S.A., en calidad de “COTIZANTE DEPENDIENTE DE LA SEÑORA MARÍA SONIA HERRERA” –ver planillas de pago a folios 40 a 70-; misma [trabajadora] que presentó quebrantos de salud, por lo cual en el periodo comprendido entre el 21 de julio y el 12 de septiembre de 2013, fue incapacitada; sin embargo, la prestación económica que le fue sufragada por la quejosa; no le ha sido reembolsada por la accionada, en atención a que (i) no se efectuaron oportunamente los aportes al sistema (folios 35 a 45) y (ii) la demandante carece de legitimidad en la causa por activa para realizar esta clase de exigencias.

Desde ya, la Sala precisa que atinó el juez de instancia al declarar improcedente el amparo constitucional perseguido por la accionante, por no ser la acción de tutela el mecanismo idóneo y subsidiario para lograr el fin buscado, que es el reintegro de las sumas de dinero que por concepto de incapacidades, la demandante canceló a su colaboradora.

Bien, el Decreto 2591 de 1991, ha fijado criterios generales sobre la procedencia formal del amparo constitucional, los que han sido compendiados en el artículo 6° que en su numeral primero la improcedente frente a la existencia de otros recursos o mecanismos de defensa judiciales para lograr la protección por vía de la acción constitucional.

Tal exigencia, sólo admite excepción en el evento que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, pues de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas, propiciando así un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta última.

De otro lado, el Decreto 306 de 1992, reglamentario del decreto antes citado, en su 2° establece

*“Artículo 2°.- De los derechos protegidos por la acción de tutela. De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior” (Las resaltas son del Tribunal)*

De todo lo anterior, se desprende que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver los conflictos derivados de controversias relativas al pago de prestaciones económicas generadas por las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), salvo que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable; lo que significa que el perjuicio sea

latente y que afecte las condiciones mínimas o comprometa los derechos fundamentales por la ausencia de pago o que se esté frente a una eminente vulnerabilidad del medio de subsistencia.

Si bien cuando la señora MARÍA SONIA HERRERA ALDANA, canceló directamente a su trabajadora las incapacidades, previó la protección de los derechos fundamentales que en algún momento pudieran verse afectados a la subordinada; se atisba que la negación del reembolso por parte de la entidad prestadora de salud accionada, se contrae a un conflicto de naturaleza legal y económica, pues está debidamente probado que la demandante cuenta con mecanismos idóneos para debatir la procedencia o no del reembolso deprecado, a los cuales deben acudir para que la entidad correspondiente, en este caso, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, entidad legalmente creada para dirimir esta clase de conflictos; defina lo pertinente al reintegro rogado, pues no es este mecanismo constitucional el indicado, en razón a su naturaleza residual.

De otro lado, la Sala de Decisión advierte a la actora que atendiendo a las circunstancias especiales del caso planteado, no está indicando que no tiene derecho al cancelación de dichas incapacidades, sino que ante la existencia de otros mecanismos de defensa idóneos y la no demostración de un perjuicio irremediable, es necesario que acuda a los funcionarios competentes a demandar dicho pago.

Además, la actora invoca derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, los cuales, según la Corte Constitucional, se vulneran al trabajador que no recibe el pago oportuno de la prestación económica por incapacidad laboral.

Vistas así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia.

**Tutela de segunda instancia (T-023-14) del 20 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**ASCENSO DE SUBOFICIAL DE LA POLICÍA - No es posible cuando la persona ha sido calificada con incapacidad absoluta en actos meritorios y no apta para la reubicación laboral.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 1212 de 1990, artículo 161; Decreto 1791 de 2000, artículos 20 y 21.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para el caso que nos ocupa, lo pretendido concretamente por el accionante es que se le ascienda al grado de subcomisario y que en virtud a ello, le sean pagados el auxilio de cesantía, el doble de las prestaciones que fueron causadas en actos meritorios, según lo dispone el artículo 161 del Decreto 1212 de 1990, que reza:

“...Artículo 161. INCAPACIDAD ABSOLUTA EN ACTOS MERITORIOS AL SERVICIO. Si la incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez de que trata el Artículo anterior, fueren consecuencia de heridas en el acto meritorio del servicio, en combate, como consecuencia de la acción del enemigo o en conflicto internacional o en tareas del mantenimiento o

restablecimiento del orden público interno, el oficial o suboficial tendrá derecho a:

- a. Al ascenso al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado.
- b. A que el tesoro público se le pague, por una sola vez, la indemnización que corresponda a su lesión de acuerdo con el reglamento respectivo, aumentada en otro tanto.
- c. A percibir el tesoro público una pensión mensual equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el Artículo 140 de este decreto.
- d. Al auxilio de cesantía y demás prestaciones correspondiente a su nuevo grado y tiempo de servicio.
- e. A una bonificación equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de la indemnización que resulte de la aplicación de la tabla “D” del Decreto Ley 94 de 1989 o normas que lo sustituyan, modifiquen o acondicionen.
- f. A importar para uso personal y libre de cualquier gravamen nacional, implementos ortopédicos y un vehículo de características especiales acordes con su limitación física o incapacidad permanente, que permitan su rehabilitación y recuperación...”

Bien, el régimen especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, y específicamente de la Policía Nacional, se concentra en el Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000, “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, en su artículo 20, se refiere a las condiciones para los ascensos, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 20. CONDICIONES PARA LOS ASCENSOS.** Los ascensos se conferirán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación del Desempeño.

**PARÁGRAFO.** <Parágrafo modificado por el artículo 2 de la Ley 1279 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales, Suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad competente, serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los Grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente.”

El artículo 21 del mismo decreto, se refiere a los requisitos:

**“ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA ASCENSO DE OFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y SUBOFICIALES.** Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.
6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.
7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.
8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.

**PARAGRAFO 1.** Para ingresar al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel, los aspirantes que hayan superado la trayectoria profesional deberán someterse previamente a un concurso, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

Quien pierda el concurso por dos (2) veces será retirado del servicio activo por incapacidad académica.

**PARAGRAFO 2.** Los cursos para ascenso del nivel ejecutivo y suboficiales se realizarán por convocatoria, según las vacantes existentes en cada grado, de conformidad con las disposiciones que expida la Dirección General de la Policía Nacional. Se exceptúa de lo dispuesto en este párrafo al personal del nivel ejecutivo y suboficiales que cumpla antigüedad para ascenso hasta el mes de septiembre del año 2001.

**PARAGRAFO 3.** <Parágrafo 3o. modificado por el artículo 1 de la Ley 1168 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo, el personal que hubiere sido declarado no apto para el servicio operativo como consecuencia de heridas en actos del servicio, en combate, como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o

que hubiere sido declarado no apto con reubicación laboral por la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico de Revisión Militar y Policía, sin importar la circunstancia en que haya adquirido su disminución de la capacidad laboral, podrá ser ascendido siempre y cuando cumpla con los demás requisitos exigidos y excelente trayectoria profesional, salvo que las lesiones o heridas hayan sido ocasionadas con violación de la Ley o los Reglamentos.” (Resaltas son de la Sala).

En el caso del actor, se tiene que ingresó al servicio de la Policía Nacional y encontrándose en servicio activo fue herido en combate y que de allí se le realizó la Junta Médica Laboral, que concluyó con el acta No. 787 de data noviembre 11 de 2011, en la que se le dictaminó: “INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – APTITUD NO APTO” con una calificación de la pérdida de capacidad laboral del 62.14% -folio 10-.

En razón a dicho resultado, el pasado 22 de enero de 2014, la referida junta, revisó el acta antes mencionada y la historia médica, donde fue calificada su capacidad laboral para el servicio así: “INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ – APTITUD NO APTO. Por Artículo NO APTO POR JML ANTERIOR, REUBICACIÓN LABORAL NO”, con evaluación de la disminución de la capacidad laboral total en el 80.97% (folio 22), decisión que fue debidamente notificada al actor, tal como se desprende del documento que milita a folio 23.

En suma, al haberse calificado al accionante con una incapacidad permanente y “NO APTO” por la Junta Médica Laboral, no le asiste derecho al ascenso deprecado en la presente acción tutelar, pues nótese de los artículos antes reseñados, establece unas condiciones y requisitos para ser ascendidos, en los cuales a pesar de que el actor haya sido ascendido al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el actor no cuenta con las condiciones de ascenso, inmersa en el artículo 20, en razón solo los oficiales, suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que hayan sido víctimas del “delito de secuestro” serán ascendidos, situación que no aplica en el caso bajo estudio.

Entonces, siguiendo los lineamientos del referido decreto, pasamos ahora al artículo 21, que establece los requisitos para los respectivos ascensos, instancia donde la Sala analiza que el párrafo 3º del aludido apartado, excluye a los que tengan aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces (numeral 4); no obstante a lo anterior, prescribe “o que hubiere sido declarado no apto con reubicación laboral por la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico de Revisión Militar y Policía, sin importar la circunstancia en que haya adquirido su disminución de la capacidad laboral” requisito que tampoco le es plausible al querellante, por cuanto, la Junta Médica Laboral, lo declaró con una “INCAPACIDAD ABSOLUTA EN ACTOS MERITORIOS AL SERVICIO” y también se le estimó “NO APTO” “REUBICACIÓN LABORAL NO” por lo que se atisba que el accionante no cuenta con los requisitos exigidos por la ley para ser ascendido al grado de subcomisario.

Ahora, si el accionante considera que la junta médica se equivocó en el concepto y en la calificación otorgada, este cuenta con los recursos legales y/o con los de la vía gubernativa para acudir posteriormente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De otra parte, la entidad tutelada arguye que a la fecha el actor cuenta con todos los derechos salariales y prestacionales, situación que el accionante no

indicó en los hechos de la tutela, como tampoco demostró que estuviera frente a un inminente perjuicio irremediable, como para establecer la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

En cuanto a lo atinente al pago de cesantías y demás prestaciones que por derecho le corresponde en caso de concedérsele el ascenso, no hay lugar a ordenar los prestaciones sociales deprecadas, teniendo en cuenta que como no le asiste el derecho al ascenso tampoco lo es respecto de las prestaciones, pues una deriva de la otra; del mismo modo se le recuerda al tutelante que el amparo constitucional es un medio de carácter residual y subsidiario al cual puede acudir ante la vulneración o amenazas de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa judicial, es decir, el amparo constitucional no fue creado para desplazar o reemplazar los procedimientos previstos por la ley y, como segunda medida, para obtener el pago de las indemnizaciones y/o sumas de dinero adeudadas, si el caso la entidad le adeuda algún concepto de sumas dinerarias o prestaciones deberá en su defecto realizar el respectivo trámite administrativo ante la entidad compelida, por lo anterior se declarara la improcedencia del presente amparo tutelar.

Tutela de primera instancia (T-2014-00046-00) del 25 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara improcedente la tutela presentada.

**DESACATO DE TUTELA – El fallecimiento de la persona interesada cierra cualquier posibilidad para su apertura.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-763 de 1998 y T-512 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El Decreto 2591 de 1991 dispone en su artículo 27 que, una vez proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable de la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales fundamentales debe cumplirlo sin demora, y que de no hacerlo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, o dentro del término que se haya estimado prudente, el juez se dirigirá al superior de aquél y lo requerirá para que lo haga cumplir y le abra el correspondiente procedimiento disciplinario, so pena de que si no procede en esa forma se abra también proceso contra dicho superior.

Además, la citada disposición establece que el juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia y que, en todo caso, aquél establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá competencia hasta que quede restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por su parte el artículo 52 prescribe:

*“Artículo 52.- Desacato.- La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto*

*incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. (La consulta se hará en el efecto devolutivo)”.*

En el asunto materia de consulta, advierte este Despacho que la situación objetiva que motivó la solicitud de adelantar la actuación constituye el incumplimiento de la orden consagrada en el fallo de tutela emitida por esta Sala de Decisión, el pasado 06 de noviembre de 2013, que concedió los derechos fundamentales al trabajo y a la dignidad humana del señor MANUEL ENRIQUE YEPES BETANCOURTH y mediante el cual se ordenó de un lado iniciar los trámites atinentes a la reincorporación del accionante en los programas de atención al personal militar herido a otro equivalente y realizar un estudio médico para determinar si le asiste o no el reintegro en ciudad diferente al que inicialmente estaba vinculado.

No obstante lo anterior debe esta Magistratura atender la circunstancia puesta de presente al Despacho a través de la comunicación remitida vía fax por el señor JAVIER ANTONIO YEYES BETANCOURTH, hermano del accionante y que obra a folios 33 y 34. Referente al deceso del incidentalista.

A la luz de la Jurisprudencia transcrita, es claro que la naturaleza de las sanciones de arresto o multa por desacato, más allá de castigar la conducta omisiva de la autoridad y persona natural responsable de cumplir una orden judicial, se centra en lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales tutelados, de ahí que se consagren para ser impuestas sin perjuicio de las sanciones penales a que pueda dar lugar el incumplimiento de las funciones que le son propias a cada autoridad.

Ante tales circunstancias, no encuentran razones para dar inicio al incidente por desacato de fallo de tutela contra el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y OTROS, como se dijo en antecedencia, el accionante e incidentalista señor MANUEL ENRIQUE YEPES BETANCOURTH, falleció el pasado 06 de marzo, se configura una circunstancia de carencia actual del objeto, por la cual la orden proferida en esta sede constitucional no surtiría ningún efecto,

**Auto 2013-00220-01 (consulta desacato) del 26 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: no da inicio al incidente.**

#### **SALA PENAL:**

**NULIDAD – El testimonio del menor en la cámara Gessel sin la presencia del juez no constituye vulneración al debido proceso/ACTOS SEXUALES AGRAVADOS CON MENOR DE 14 AÑOS – Valoración probatoria de la responsabilidad penal y de la contaminación de enfermedad de transmisión sexual.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1098 de 2006, artículos 7, 12, 13 y 194; Código Penal, artículos 209 y 211, numeral tercero.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 32668 del 10 de marzo de 2010 y 35080 del 11 de mayo de 2011, ambas con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el asunto sometido a consideración de la Sala se debe examinar: i) si existe alguna irregularidad sustancial que amerite la declaratoria de nulidad del juicio oral seguido contra Floralba Agudelo Correa, al haberse escuchado el testimonio del menor en cámara Gessel, sin estar presente el juez, de resolverse negativamente, ii) establecer si la señora Floralba Agudelo Correa fue la persona que sostuvo un encuentro sexual con el menor J.S.N.L., y de ser así; ii) determinar si a raíz de este hecho, se produjo el contagio de una enfermedad de transmisión sexual conocida como “gonorrea”, encontrada en los órganos genitales de la víctima.

En lo que tiene que ver con la petición de nulidad elevada por el defensor de la señora Floralba Agudelo Correa, considera la Sala que al momento de escuchar la declaración del menor afectado, no se incurrió en ninguna irregularidad que conlleve a ese remedio extremo reclamado por el recurrente, ya que el hecho de que el juez no aparezca en la grabación, no significa que no estuviera percibiendo el testimonio de la presunta víctima.

Además, conforme a lo señalado en los numerales 7º, 12 y 13 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en los casos en que la víctima sea un menor, el juez *“Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.*

(...)

*En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.*

(...)

*En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.*

Asimismo, el artículo 194 de la misma ley consagra que *“En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.”.* (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que en el presente asunto se cumplieron con las exigencias establecidas en la ley, para escuchar el testimonio de un menor, víctima de algún delito, ya que cuando J.S.N.L. rindió su declaración, estuvo presente el Defensor de Familia y un Psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quienes efectuaron las preguntas con un lenguaje comprensible, sin que la ausencia del juez en la grabación, constituya vulneración del debido proceso de ninguna de las partes e intervinientes.

Además, el recurrente no explicó de qué manera resultaron afectadas las garantías fundamentales de la acusada, al no estar el juez en la grabación correspondiente al testimonio rendido por el menor J.S.N.L. en desarrollo del juicio oral, máxime, que a través del Defensor de Familia y el Psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la defensa agotó el respectivo contrainterrogatorio, quedando a salvo el derecho de defensa de Floralba Agudelo Correa, por lo que no se accederá a la nulidad reclamada por el apelante.

De otro lado, la materialidad del hecho investigado, las declaraciones rendidas por los testigos, así como la evidencia física y los elementos materiales probatorios aportados por la fiscalía, dan muestra de que el menor J.S.N.L. sufrió una manipulación en sus genitales, lo que produjo un desgarro del prepucio y un contagio de “blenorragia” o “gonorrea”; situación que lo tuvo en hospitalización por una semana.

(...)Habiendo observado estos elementos de prueba, se llega a la conclusión de que efectivamente es la señora Floralba Agudelo Correa la persona que sostiene un encuentro sexual con J.S.N.L. -quien para ese entonces tenía 11 años de edad-, y como consecuencia de ello, sufre un indebido desgarro del prepucio, debido a una fimosis preexistente y causando una balanopostitis.

Ahora bien, sobre uno de los agravantes que se le endilga a la acusada, es decir, el contagio de la enfermedad de transmisión sexual, se debe determinar si éste realmente provino de la acusada. Para ello, hay que verificar lo manifestado por la Dra. Yaneth Justina Sandoval el 22 de abril de 2013 en audiencia de juicio oral...

(...)Es evidente, y no hay duda de que Floralba Agudelo Correa padecía una serie de afecciones vaginales, tales como: cervicitis, vulvovaginitis, vaginitis y vulvovaginitis candidiásica, la mayoría de estas enfermedades asociadas a la candida, un hongo común en las personas que padecen de diabetes, como es el caso de la acusada, pues así quedó probado en su historia clínica.

Ahora bien, cuando el menor acude al médico por la molestia y el dolor en sus genitales, y después de una serie de exámenes, se le encuentra en su cuerpo alojado una enfermedad de transmisión sexual conocida como “gonorrea” (gonococo neisser), la cual tuvo que ser tratada con antibióticos y una posterior circuncisión. Se debe aclarar, que sobre dicha enfermedad no se aportó un dictamen médico que determinara que la fuente de la enfermedad proviniera del organismo de Floralba Agudelo, pues en su historia clínica no hay evidencia de que para el momento de los hechos haya padecido esta enfermedad.

Lo que se evidencia es la realización de un examen de IgG (inmunoglobulinas) para así descartar la presencia de herpes II en el organismo de la educadora, en el cual no se comprobó que la paciente estuviera contagiada de esta ETS, pues

el examen de inmunoglobulinas G y M que se le practicó a F.A.C. arrojó un resultado negativo para herpes II. Es así como se desestima el argumento presentado por el ente acusador, pues queda evidenciado, que aunque Floralba padecía una serie de enfermedades vaginales, ninguna de estas es compatible con el herpes II o la gonorrea hallada en el menor; además, la fiscalía no aportó ningún elemento que sustentara tal afirmación.

Ahora bien, tomando como caso hipotético el hecho de que la profesora hubiera padecido de herpes genital –situación que no se probó-, este tipo de enfermedad no desencadena o muta en otra enfermedad de transmisión sexual, pues según lo dicho por la Dra. Andrea Efigenia Ramírez y la Dra. Yaneth Justina Sandoval, quien padece de herpes II solo puede transmitir esta enfermedad, y no otra diferente. Por ello, esta colegiatura no podría tomar en consideración la presunción de que quien padece herpes II pueda contagiar a otra de persona de gonorrea; pues quedó probado que la presencia de herpes II aumenta la probabilidad de contraer otras enfermedades de transmisión sexual, más no de transmitir las.

Otro argumento que se descarta es el que supone que el abuso y posterior contagio de J.S.N.L. tuvo ocurrencia cuando éste viajó a Bogotá con su padre, el 13 de julio de 2007, ya que la madre manifestó que el estado de ánimo del infante había cambiado drásticamente después de la fiesta a la que había asistido el 27 de junio de esa anualidad. A esto se le añade lo que indicado por la propia víctima, de que cuando viajó a Bogotá con su padre tenía el pene inflamado y le causaba dificultad orinar.

En síntesis, esta Sala llegó al conocimiento, más allá de toda duda, de que efectivamente la señora Floralba Agudelo Correa fue la persona que sostuvo el encuentro sexual con el menor J.S.N.L., pues es la víctima quien señala enfáticamente a la acusada como la persona que “abusó de él”; adicionalmente, se encuentran como soportes de la imputación que el menor le hace a la señora Floralba Agudelo los testimonios de la madre de éste, y de los especialistas en psicología y psiquiatría que dan certeza de que el relato del menor es fehaciente y sujeto a la realidad.

Por otro lado, está la enfermedad de transmisión sexual (gonorrea) padecida por la víctima, de la cual no se encontró rastro en la acusada, y aunque los peritos hablan de que un 75% de las mujeres que sufren de esta enfermedad son asintomáticas, no se podría emitir un pronunciamiento teniendo como base indicios.

Sin embargo, la presencia de la blenorragia en la víctima, más no en la victimaria es una evidencia rotunda que tenga la virtualidad de descartar a la procesada como la persona que le transmitió dicha enfermedad al niño, pues, la literatura médica enseña que la misma desaparece 24 horas o menos con tratamiento de antibióticos, lo cual pudo ocurrir en éste caso, que por cierto no existe ningún indicio por leve que sea, indicativo de otras circunstancias fácticas que generaron en el niño tal enfermedad.

No se comprobó que la gonorrea proviniera de la acusada, ni siquiera que ésta padeciera de herpes II; situación que impide que sea penada por el agravante contenido en el numeral tercero del artículo 211 de la Ley 599 de 2000: “*Se produciré contaminación de enfermedad de transmisión sexual*”. Así pues, solo se tendría en cuenta el agravante contenido en el numeral segundo ibídem: “*El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular*”.

*autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, ya que es un hecho notorio la confianza que le tenía J.S.N.L. a su profesora.*

Ahora bien, obsérvese, como la víctima goza de un nivel de inteligencia óptimo, no tenía ningún interés o motivo en mentir, no se esbozó siquiera alguna causa exógena o endógena que llevase a al niño a urdir semejante sindicación, por lo tanto, su veracidad se torna sólida e indiscutida.

Asimismo nótese que, el soporte capital de la acusación esta dado por la versión reiterativa, coherente, idéntica que dio la víctima en diferentes escenarios, contextos e interlocutores, en los cuales esencialmente sostuvo la misma sindicación.

Inicialmente, de manera ingenua y tal como lo señaló sin dimensionar la significación de tales actos le refirió lo sucedido a su progenitora la señora Claudia Lozano Ocampo, luego al especialista en Psiquiatría el doctor Mauricio Moreno Pineda, a la doctora Andrea Efigenia Ramírez Medica Forense y por último la versión rendida por la víctima en el juicio oral cumplido el 24 de marzo de 2009, circunstancias que dan certeza al relato del menor.

Al respecto, es preciso señalar que las versiones rendidas por el niño- víctima en las entrevistas a las psicólogas y médica forense que sirvieron de base a los dictámenes respectivos, se integran a los testimonios que los peritos rindieron en el juicio, según lo ha decantado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia...

(...)En esa perspectiva, los dichos de la víctima vertidos en las entrevistas base de los informes periciales de psicología, como en el informe forense técnico legal sexológico; amén, de ingresar de manera directa al juicio, por ser el producto de la investigación de los expertos, de sus constataciones; así que, sus peritajes están anclados, además, en la información recaudada la que provino del niño víctima, sin que observe la Sala motivos de sospecha sobre su veracidad y sinceridad que los enerven.

En conclusión, del análisis probatorio en su conjunto se observa que las pruebas de cargos son congruentes y coincidentes con las versiones rendidas por el niño ante sus padres, investigadores, psicólogas y el médico forense, versiones que son las mismas que la víctima relató en el juicio oral y que se entiende integran los respectivos informes psicológicos y sexológico, lo cual permite otorgarle plena credibilidad a sus versiones.

Por consiguiente, la Sala confirmará en su totalidad la sentencia condenatoria, pues habiendo analizado el acervo probatorio, expresa este cuerpo colegiado, que los elementos aportados por la Fiscalía desvirtuaron plenamente la presunción de inocencia que cobijaba a Floralba Agudelo Correa, encontrándola como autora del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Sentencia de segunda instancia (2007-03230-03) del 10 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**PRUEBA SOBREVINIENTE – No es admisible cuando carece de significación en los resultados del proceso.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículo 344.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 30645 del 4 de marzo de 2009, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico planteado radica en determinar si se cumplen los presupuestos señalados en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, para admitir la introducción de elementos materiales probatorios no descubiertos, ni pedidos en la audiencia preparatoria.

El citado precepto, señala que: *“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio o evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”*

En el presente asunto, se advierte que el Acta de diligencia de registro y allanamiento, el Informe de Registro y Allanamiento, el Acta de derechos del capturado de Diego Fernando Gutiérrez Méndez, el Informe de Investigador de Campo, los Resultados de la actividad investigativa, el Acta de incautación de elementos y un Listado de personas que al parecer hacen parte de la organización criminal denominada *“Los Rastrojos”*, son elementos que fueron conocidos por la fiscalía luego de formularse la acusación y celebrarse la audiencia preparatoria, ya que surgieron de la primera actuación referida, la cual se efectuó el 11 de junio de 2013, en tanto que las dos siguientes datan del 27 de agosto de 2012 y 10 de enero de aquel año, sin que se pudiera exigir al ente acusador que lo enunciara en el escrito y mucho menos que los pidiera en la preparatoria.

Establecido el carácter de sobreviniente de los elementos materiales probatorios ofrecidos por el ente acusador en el juicio oral, es pertinente estudiar si son muy significativos, con el fin de determinar su excepcional admisión, teniendo en cuenta el perjuicio que con su introducción podría causarse al derecho de defensa del acusado.

Como argumentos para demostrar la conducencia y pertinencia de los elementos materiales probatorios pedidos como sobrevinientes, el representante del ente acusador expuso que con ellos pretendía demostrar de mejor forma, la configuración de la conducta punible de concierto para delinquir, por la que acusó al señor Jhon Stiven Idrobo Pérez.

Argumentó que los elementos materiales demostraban la vinculación de Diego Fernando Gutiérrez Méndez a la organización criminal *“Los Rastrojos”*, y que era la persona al mando de la misma después de la captura de Jhon Stiven Idrobo Pérez, concluyendo que eran conducentes y pertinentes.

La juez de primera instancia inadmitió los elementos materiales probatorios pedidos por el ente acusador, decisión que comparte la Sala por las siguientes razones:

En desarrollo de la audiencia preparatoria, el fiscal solicitó un gran número de medios de prueba, argumentando que con ellos demostraría la responsabilidad de Jhon Stiven Idrobo Pérez, en las conductas punibles acusadas logrando que la juez admitiera en total 57 testimonios, entre investigadores, ex integrantes de la organización criminal “*Los Rastrojos*”, Policías, profesionales de la salud y miembros del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los cuales a criterio de la Sala son suficientes para sustentar la teoría del caso presentada por el ente acusador.

No se puede dejar de lado, que cuando la fiscalía presenta acusación contra un ciudadano, se entiende que ha realizado suficientes labores de investigación con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia del individuo vinculado a un proceso penal y que al solicitarse una prueba sobreviniente, es decir, encontrada en desarrollo del juicio oral, ésta debe ser de gran relevancia, ya que con su admisión se afecta el derecho de defensa del acusado, en razón a que por no habersele descubierto el medio de prueba en el momento procesal oportuno, la posibilidad para encontrar elementos que le ayuden a desvirtuar los aportados en su contra, se ve disminuida.

En el presente asunto, no se cumplió con la argumentación requerida para admitir los medios de prueba descubiertos en desarrollo del juicio oral, ya que el fiscal no argumentó porque los elementos materiales admitidos en la preparatoria no eran suficientes para demostrar la configuración del delito de concierto para delinquir, ni hizo ver la trascendencia de los elementos hallados en la diligencia de registro y allanamiento en los resultados de éste proceso.

Los argumentos presentados al momento de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, tampoco demuestran la trascendencia de los elementos descubiertos en el juicio oral; nótese que el representante del acusador, se refirió a varios de los testigos admitidos en la preparatoria, indicando que algunos no han podido ser contactados y que otros han muerto, pero no allegó ninguna prueba al respecto y de ser ciertas esas afirmaciones, tampoco demuestran la conducencia y pertinencia de lo reclamado como sobreviniente en el juicio, sino que darían lugar a prueba de referencia, conforme a lo consagrado en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, considera la Sala que los elementos materiales probatorios hallados en la diligencia de registro y allanamiento realizada al domicilio de Diego Fernando Gutiérrez Méndez, no tienen ninguna trascendencia en los resultados de éste proceso seguido contra Jhon Stiven Idrobo Pérez, quien según el defensor y la representante del Ministerio Público, ni siquiera aparece mencionado en el listado de los supuestos integrantes de la organización criminal “*Los Rastrojos*”, por lo que la decisión de primera instancia será confirmada en su integridad.

**Auto de segunda instancia (2012-00873-01) del 10 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.**

**ALLANAMIENTO A LOS CARGOS** – Es nulo cuando el fiscal y el juez suministran información errada al procesado sobre el monto de la rebaja de pena.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 301 y 356, numeral quinto.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 25108 del 30 de noviembre de 2006 y 38285 del 11 de junio de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para la Sala, la manifestación de voluntad expresada por el procesado Quintero Osorio en el devenir de la audiencia preparatoria como persona libre y capaz, constituyó la expresión de su consentimiento errado; pues, su desconocimiento del derecho y en especial del contenido y alcance del Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, que a la sazón ya había sido modificado por el Artículo 57 de la Ley 1453/11, que en su párrafo estableció: *“la persona que incurra en las causales anteriores (de flagrancia), sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el Artículo 351 de la Ley 906 de 2.004”*.

Lo cual significó, que para el caso específico, del señor José Aníbal Quintero Osorio, sólo tenía derecho a una reducción de pena de una cuarta (1/4) de la tercera (1/3) parte; esto es, del ocho punto treinta y tres (8.33) y, no del treinta y tres punto tres (33.3%) como le prometió el Juez y el fiscal, en contravía con lo dispuesto por la Ley y la jurisprudencia.

Así que, el fiscal inicialmente y, luego el juez de la causa, indujeron en error al procesado persona lega en materias jurídico-penales, determinando el análisis y alcance de la declaración de voluntad de admitir los cargos por parte del acusado con base en cifras erradas, pues, cuantitativamente, es bien diferente una rebaja del 8.33 que es la legítima a la ilegal del 33.33 que le prometieron y luego no le cumplió.

El error interfirió la voluntad del procesado de tal manera que le era imposible evitarlo; pues, resulta le resultaba imposible determinar que, tanto, el fiscal como el juez le suministrasen información errada sobre el monto de la reducción de pena al cual se haría acreedor.

El eje central del debido proceso estriba en el juego limpio, que por cierto está ausente en este caso, porque el procesado fue inducido en error sobre el monto legal de la rebaja a que tenía derecho por el allanamiento a cargos en su situación de captura en flagrancia.

Asimismo, la actitud de la señora defensora pública resultó confusa, dado que terminó coonestando con la ilegítima propuesta del fiscal y el juez, no obstante advertir la ilegalidad de la propuesta se atemperó a ella, con lo cual contribuyó al error de su cliente lego en derecho, afectándole su efectiva defensa técnica.

En definitiva, el fiscal, juez y defensora interfirieron activa y la última de manera pasiva en el consentimiento del procesado viciándolo; en tanto, es claro que se allanó a los cargos bajo el supuesto que le reducirían la pena en el 33.3% y no se

le cumplió tal promesa; porque la reducción sólo fue del 8.33%, con lo cual se violó el principio rector de la lealtad previsto en el Artículo del Código de Procedimiento Penal que reza: “ *todos los intervinientes en la actuación, sin excepción alguna están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”.*

Verificada la irregularidad sustancial que se concretó en la audiencia preparatoria, no queda otra opción que la de decretar la nulidad de la actuación a partir de ese yerro insalvable, para que se reconstruya la actuación a partir de lo previsto en el Artículo 356 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal.

**Auto de segunda instancia (2013-01045-01) del 13 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: decreta la nulidad a partir de la aceptación de los cargos.**

**PRISIÓN DOMICILIARIA POR LA CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA – A su concesión se oponen la gravedad de la conducta desplegada y la no demostración de la situación de abandono de la menor.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 750 de 2002, artículo 1; Ley 82 de 1993, artículo 2; Código Penal, artículos 4 y 68A; Ley 1709 de 2014, artículo 23.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia SU. 388 de 2005.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que le asiste razón al juez de primera instancia al negar la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia al señor Said Alberto Rubiano Miranda, ya que conforme a las pruebas allegadas a la actuación, la menor Natalia Rubiano Roldán de 12 años de edad, no se encuentra en situación de abandono, ni desprotegida, como quiera que convive con la señora Libia Loaiza, quien a pesar de no tener ningún vínculo de consanguinidad con la niña, es la persona encargada de su cuidado personal desde octubre de 2012.

No se puede dejar de lado, que la señora Libia Laoiza representa una figura importante en la vida de la menor Natalia Rubiano Roldán, tal como lo concluyó el Trabajador Social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, circunstancia que permite inferir que la niña cuenta con una persona que la cuida y está pendiente de sus necesidades, mientras el señor Said Alberto Rubiano Miranda cumple la pena impuesta en su contra.

Asimismo, está acreditado dentro de la actuación que la menor no atraviesa problemas económicos, sino que por el contrario se evidenció que tiene sus necesidades satisfechas, como quiera que recibe los ingresos provenientes de la firma de abogados de la que es socio su progenitor, circunstancias que lejos de demostrar que el señor Said Alberto Rubiano Miranda ostenta la calidad de madre cabeza de familia, lo que le permiten colegir es que la menor cuenta con otras personas distintas a su padre, quienes le prestan la atención necesaria dada su corta edad.

Era deber de la defensa demostrar que ante la ausencia de la señora Lorena Stella Roldán, la niña quedaba totalmente desamparada, pero contrario a ello, lo que aparece evidenciado es que la señora Libia Loaiza es quien en la actualidad vela por el cuidado y la crianza de la menor, sin que se hubiera acreditado que ésta se encuentre en incapacidad física o mental que le permita continuar con esa labor hasta que el señor Said Alberto Rubiano Miranda cumpla la sanción impuesta en su contra.

De otro lado, no basta demostrar solo la calidad de padre cabeza de familia, sino también que debe existir la garantía de que a quien se le otorga ese sustituto, no vaya a atentar contra los derechos de los menores que se pretenden proteger con esa medida.

En el presente caso, además de no estar demostrada la calidad de madre cabeza de familia del señor Said Alberto Rubiano Miranda, la gravedad de la conducta delictiva por él desplegada, requiere tratamiento penitenciario para cumplir los fines de la pena.

El artículo 4º del Código Penal, establece que: *“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”*

La prevención general, pretende que las personas se abstengan de cometer delitos para lo cual se acude a la amenaza de pena, la cual debe ser una respuesta adecuada al daño ocasionado por el autor del ilícito hallado penalmente responsable, con lo que se pretende lograr el restablecimiento del orden jurídico quebrantado.

Con la prevención especial, se busca que a través de la corrección el sujeto no recaiga en la comisión de conductas punibles, promoviéndolo hacia la reinserción social, pues es obligación del Estado, ofrecer los medios razonables para el desarrollo de la personalidad, garantizando la dignidad humana y la autonomía personal en el cumplimiento de la pena.

Estos aspectos, examinados conjuntamente, sirven de fundamento para determinar que el señor Said Alberto Rubiano Miranda, requiere tratamiento penitenciario, dado que aprovechando su condición de abogado especialista en derecho comercial y notarial, al igual que su cercanía con el Notario Segundo de Armenia, estuvo al frente de la elaboración de la escritura 962 del 14 de marzo de 2002, por medio de la cual se elaboró el reglamento de propiedad horizontal del Complejo Turístico Las Gaviotas y el respectivo registro, como también de las escrituras de un condominio compuesto por 37 lotes, transacciones falsas que tenían como finalidad dar legalidad a los dineros provenientes de conductas ilícitas como narcotráfico y el enriquecimiento ilícito ejecutadas por Germán Gómez Orrego.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia, ya que el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia reclamado a favor de Said Alberto Rubiano Miranda no es procedente, por no demostrarse la situación de abandono de la menor Natalia Rubiano Roldán y ser necesario el tratamiento penitenciario dada la gravedad de la conducta desplegada por el condenado.

De otro lado, es pertinente resaltar que tampoco es procedente conceder la prisión

domiciliaria al señor Said Alberto Rubiano Miranda, con fundamento en lo consagrado en el artículo 23 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, a través del cual se adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, ya que en su numeral segundo, señala que uno de los presupuestos para acceder a ese mecanismo sustitutivo es que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal, dentro de los que se encuentra la conducta punible de lavado de activos, por la que aquel fue condenado.

**Auto de segunda instancia (2008-00014-01) del 19 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.**

**APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA –No es posible pretender que en dos horas un defensor estudie un asunto y elabore la estrategia defensiva.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 29; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8; Ley 906 de 2004, artículo 8, letra i).

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De Conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, contra el auto adiado el 13 de febrero de 2014, a través del cual el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, no accedió a la solicitud de aplazamiento de la audiencia preparatoria con el fin de poder planear una estrategia defensiva y en su lugar le concedió 2 horas para que estudiara el asunto.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”*

Asimismo, el artículo 29 de la constitución política consagra que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertirlas que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho...”*

Por su parte, el literal I del artículo 8 de la ley 906 de 2004, establece que *“En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a (...) I) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer...”*

Para la Sala la legislación es clara al establecer que el imputado tiene derecho a que su defensa tenga el tiempo necesario para preparar una estrategia en beneficio de sus intereses y que le permita desvirtuar la acusación formulada por la fiscalía, garantía que exige a los jueces conceder términos razonables para recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física, o planear la forma para atacar las pruebas del ente acusador.

No es posible pretender que en dos horas un defensor estudie un asunto y planea una estrategia defensiva que le permita recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física con los que pueda desvirtuar la acusación formulada, tal como lo pretende hacer ver el juez de primera instancia, quien al parecer olvidó la importancia de la audiencia preparatoria.

Véase, que es en ese acto procesal en el que la defensa descubre los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretenda hacer valer en el juicio, por lo que, de no contar con ellos en ese momento, en la siguiente etapa ya no podrá descubrirlos a no ser que se trate de prueba sobreviniente.

De igual manera, es la audiencia preparatoria el momento procesal oportuno para que tanto la fiscalía como la defensa, enuncien los elementos materiales probatorios y luego sustenten su conducencia pertinencia y utilidad, para lograr la admisión en el juicio oral por parte del juez de conocimiento, en el que ninguna de las partes podrá elevar peticiones probatorias, salvo que se encuentre una evidencia muy significativa no conocida al momento de realizarse la preparatoria.

De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que la determinación adoptada por el juez de primera instancia resulta violatoria del derecho fundamental al debido proceso en su garantía a la defensa, ya que a pesar que el defensor público explicó la imposibilidad para conocer el asunto y planear una estrategia defensiva, como quiera que tan sólo en horas de la mañana del 13 de febrero de 2014, es decir, el mismo día de la audiencia, fue enterado de la designación como representante de Carlos Arturo Londoño Blandón, el funcionario judicial sólo concedió 2 horas, al considerar que ese era un tiempo razonable dada la precariedad del acervo probatorio de la fiscalía, lapso que de ninguna manera resulta razonable.

Nótese, que la acusación se formuló por las conductas punibles de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y suministro de estupefacientes a menor, las cuales son de extrema gravedad, dada las consecuencias punitivas que implica una sentencia condenatoria y el reproche social que las mismas conllevan, requiriéndose entonces de una verdadera defensa técnica que le permita a Carlos Arturo Londoño Blandón defenderse de la acusación, haciendo uso de todas las herramientas posibles, sin que la carencia de tiempo sea un impedimento para ello y si se convierta en un hecho vulnerador de las garantías fundamentales.

Asimismo, el número de evidencias descubiertas por el ente acusador no puede ser utilizado como un argumento para no acceder al aplazamiento de la audiencia preparatoria elevado por el defensor del acusado, ya que el abogado debe tener la posibilidad de entrevistar a los testigos ofrecidos por el ente acusador, para así organizar su contrainterrogatorio y saber a través de que medios de prueba o elementos materiales puede controvertir las pruebas de la fiscalía.

Así las cosas, la Sala revocará el auto impugnado y en su lugar accederá a la solicitud de aplazamiento de la audiencia preparatoria elevada por el defensor público del señor Carlos Arturo Londoño Blandón, a quien se le concederá el término de 15 días para que estudie el asunto y planee su estrategia defensiva.

**Auto de segunda instancia (2013-03090-01) del 25 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el auto apelado.**

**ANTECEDENTES PENALES – No se extinguen con el transcurso del tiempo.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Penal, artículos 61, 63, 68A y 240, numerales primero y décimo; Ley 1132 de 2007, artículo 32; Ley 1709 de 2014, artículos 29 y 32.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 21528 del 25 de julio de 2007 y 33177 del 18 de enero de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como en el presente asunto los condenados se allanaron a los cargos impuestos por la fiscalía en audiencia preliminar de imputación, le correspondió al fallador de instancia utilizar el sistema de cuartos para establecer la dosificación de la pena a imponer; ello en razón a que, según disposición del Artículo 3º de la Ley 890/04, el sistema de cuartos no se aplicará cuando se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa, situación que no ocurrió en este caso.

Para cumplir ese cometido según la facultad dada en el inciso tercero del artículo 61 del C. P., individualización de la pena - se procedió así:

Seleccionado el cuarto de movilidad punitiva, compete al fallador llevar a cabo la labor de individualización de la pena, previa ponderación de los factores a que se refiere el inciso 3º del Artículo 61 del Código Penal, esto es: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación punitiva, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena, etc.

Significa lo anterior que, la dosificación punitiva no es un acto irreflexivo o automático, mediante el cual ha de hacerse coincidir la pena a imponer con el extremo mínimo señalado en el cuarto elegido. Lo que inexorablemente sí, debe ser respetado por el sentenciador, es no desbordar los topes o límites mínimo y máximo del respectivo cuarto de movilidad punitiva previamente escogido.

En el subjúdice, la jueza tomó la pena prevista para el delito previsto en el Código de las Penas, Libro II, Título VII, Capítulo I, Artículos 240-1, 241-10 mod. Ley 1142/07), del hurto calificado y agravado, que oscila entre seis (6) y catorce (14) años, que incrementó en la proporción legal por concurrir la circunstancia específica de agravación punitiva de la coparticipación criminal que elevó los márgenes punitivos de ciento ocho (108) a doscientos noventa y cuatro (294) meses.

En el asunto analizado, se observa que el a quo se situó en el primer cuarto y tenía a su disposición un ámbito de movilidad que oscilaba entre ciento ocho (108) y ciento cincuenta y cuatro punto cinco (154.5) meses correspondiente al cuarto mínimo. Por consiguiente, cualquier concreción represiva dentro de estos límites sancionatorios, resultaba ajustada al imperativo legal.

Ahora, revisada la tarea cumplida sobre el particular por el a quo y, aquí cuestionada por el apelante, advierte la Sala que el juzgado de primera instancia en forma sucinta, clara y fundada ponderó el factor de la gravedad del delito y el daño real creado a la víctima, por la modalidad del mismo.

Sin embargo, para apartarse del mínimo imponible con relación a Efigenia Varona Lañas, Orlando Pérez y Edgar Restrepo Ayala, sopesó como era su deber la personalidad de los mismos, su prontuario delictivo, la intensidad del dolo, la necesidad de la ejecución de la pena y la función que la misma cumple en la sociedad, situación, personal, fáctica y jurídica del co-procesado Yul Fredy Fiquitiva Herrera bien diferente a los coautores del reato, porque el último, no registró antecedentes delictivos y respecto de quien partió del extremo mínimo del primer cuarto.

Así que, el incremento punitivo de un (1) año, para los condenados Efigenia Varona Lañas, Orlando Pérez y Edgar Restrepo Ayala; esto es, no aplicarles a ellos la pena mínima del primer cuarto resultó racional, razonable, necesaria y proporcional a los parámetros que establece específicamente la ley para cumplir la tarea de la dosificación penal.

Y, la jueza no les reconoció a los citados en el párrafo precedente, la atenuación punitiva prevista en el Artículo 268 del Código Penal, porque los tres registraron antecedentes penales y, tal norma invocada, prevé para su aplicación “...siempre que el agente no tenga antecedentes penales”.

Además, los antecedentes penales no se extinguen con el transcurso del tiempo, como lo pregonan los recurrentes, sobre el particular el Tribunal de Cierre de la Justicia penal definió que...

“...De esa manera, si la persona registra condenas dentro de los 5 años anteriores, está claro que de entrada se le deben negar subrogados y beneficios, entre ellos el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Pero, si los antecedentes son anteriores a esos 5 años, no es que dejen de considerarse tales, sino que la evaluación acerca de la concesión o no del subrogado en examen, opera a través de lo que dispone el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, en su numeral 2°, cuyos efectos son, si se quiere, más flexibles, pues, ya no es que el legislador directamente impida el beneficio, como ocurre con el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, sino que el fallador debe sopesar ese factor –antecedentes penales-, con otros tantos como la gravedad y modalidad

de la conducta punible, para determinar razonadamente si la persona amerita o no tratamiento penitenciario...”

Asimismo, no es viable la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque existe la prohibición de concederla para quienes registran antecedentes penales y para los delitos previstos en el Inciso 2º del Artículo 68 A de la Ley 599/00, entre los cuales está el hurto calificado por el cual fueron condenados, véase Artículos 29 y 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2.014.

**Sentencia de segunda instancia (2013-01804-01) del 25 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**PREACUERDO- No puede ser aprobado cuando establece una rebaja de pena mayor a la consagrada para las personas capturadas en flagrancia.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 301, 350 y 352; Ley 1453 de 2011, artículo 57.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 38285 del 11 de julio de 2012 y 31280 del 8 de julio de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad con señalado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio No. 019 del 10 de febrero de 2014, a través del cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, improbió el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el señor Stivenson Bedoya Rivas asesorado de su defensora.

El artículo 350 de la citada ley, señala que: *“Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.”*

A su vez, el artículo 352 de la misma ley, establece que: *“Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.*

*Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”* (Subrayado fuera de texto).

A través del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, el legislador adicionó un párrafo al artículo 301 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que quien sea capturado en cualquiera de las situaciones consideradas como flagrancia *“sólo tendrá un cuarto ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.”*...

(...)A criterio de la Sala, la decisión del juez de primera instancia se ajusta a lo consagrado en los artículos 301, 350 y 352 de la Ley 906 de 2004, así como a la

jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que el señor Stivenson Bedoya Rivas fue capturado en situación de flagrancia el 13 de julio de 2012, fecha en la que la reforma establecida por la Ley 1453 de 2011 ya estaba vigente, como quiera que entró a regir el 24 de julio del último año referido, siendo aplicable lo allí consagrado.

Asimismo, se tiene que el acta de preacuerdo se presentó el 10 de febrero de 2014, fecha para la que el escrito de acusación ya había sido presentado, como quiera que aparece recibido el 17 de octubre de 2013, en el Centro de Servicios Judiciales de Cartago, siendo procedente dar aplicación a la rebaja consagrada en el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, tal como lo consideró el juez de primera instancia.

Ahora bien, es pertinente aclararle al fiscal, que una cosa es la presentación del escrito de acusación y otra la formulación de la misma, tal como se extracta de lo establecido en los artículos 350, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, ya que no de otra manera se explica que los citados preceptos, consagren distintas rebajas, dependiendo del momento procesal en que se suscriba el preacuerdo, estableciéndose una disminución de la pena cuando la negociación se lleve a cabo desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación y otra cuando se realice presentada la acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral.

De otro lado, a pesar que la defensa adujo que el preacuerdo se suscribió después de presentado el escrito de acusación por razones ajenas a su defendido, como quiera que aunque éste manifestó su deseo de preacordar desde la audiencia de formulación de imputación, ello no fue posible debido a las dificultades en su traslado desde la Cárcel de Jamundi a Cartago, no se aportó ninguna prueba al respecto, lo cual era necesario, máxime, que el representante del ente acusador, manifestó que desconocía esa situación.

Aunque es cierto que el preacuerdo vincula no solo a la fiscalía, allanado o acusado, sino también al juez, si este último observa que se ha presentado vulneración a las garantías fundamentales, debe improbarlo, tal como lo establece el inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Por lo anterior, la Sala confirmará el auto impugnado, ya que el preacuerdo suscrito entre fiscalía e imputado, desconoce el principio de legalidad al establecer una rebaja de pena mayor a la consagrada en el Código de Procedimiento Penal para casos como éste, en el que el señor Stivenson Bedoya Rivas fue capturado en situación de flagrancia y la negociación de llevó a cabo después de presentado el escrito de acusación.

**Auto de segunda instancia (2013-01201-01) del 3 de abril de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma apelado.**

**Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo**  
**Presidente Tribunal**

**Dr. Orlando Quintero García**  
**Vicepresidente Tribunal**

**Edwin Fabián García Murillo**

**ADVERTENCIA DE RELATORÍA:**

Si bien la responsabilidad por el compendio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga y la elaboración de los respectivos índices corresponde a la Relatoría, se recomienda, -y ello es necesario -, consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en cada informativo, pues de esa forma es posible detectar los errores y las inconsistencias en la tarea sencillamente compleja de analizar, titular y divulgar, mes a mes, las providencias seleccionadas y sus respectivas tesis.

Cualquier tipo de observación, sea para comentar, sugerir o cuestionar, por favor escribir a los buzones electrónicos [relatoriabuga@hotmail.com](mailto:relatoriabuga@hotmail.com), [relatoriabuga@gmail.com](mailto:relatoriabuga@gmail.com), o [egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co).