

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 10 – Febrero 2013

PRESENTACIÓN

Es grato presentar el boletín No. 010 del Tribunal Superior de Barranquilla, correspondiente al mes de febrero de dos mil trece (2.103), en el cual seguimos plasmando las decisiones emitidas por los Magistrados de ésta Corporación en las diversas áreas de su competencia.

La finalidad de esta compilación mensual, es permitirle a toda la comunidad judicial conocer el alcance de la interpretación judicial y constitucional de nuestro Tribunal sobre temas que interesan a todo el colectivo jurídico.

La Sentencia como acto de creación con sujeción al ordenamiento jurídico, requiere de una amplia labor intelectual para obtener la resolución a un conflicto sometido a la jurisdicción, manejando los criterios de hermenéutica contemporánea debe cumplir la función de unir el derecho con la justicia.

Con las diversas sentencias que se ponen al servicio de los lectores se ofrece en cada publicación una amplia selección de temas que demuestran el esfuerzo jurídico de nuestros Magistrados, su capacidad e idoneidad interpretativa, con la claridad, precisión y congruencia, impregnada del respeto por las garantías constitucionales.

Con estos textos jurídicos podrán observar que nuestros Magistrados, no son simples aplicadores de la ley, sino constructores de una Colombia, con seguridad jurídica e interesada en emitir la solución que reconozca al hombre vivo y autentico, como lo sostuvo Carnelutti, al señalar: **“El Juez sobre todo debería ser centro de amor. Lo cual no excluye en modo alguno su poder y su deber de castigar, ya que el castigo del padre es su mas puro acto de amor. Pero una cosa es el castigo de quien se cree bueno frente al malo, y otra cosa de quien se siente igual y hermano suyo. Así, si el Juez, juzga con amor, no solo su juicio se aproximará todo lo humanamente posible a la verdad, sino que irradiará de él un ejemplo que, en una sociedad cada vez menos dominada por el egoísmo, hará cada vez menos necesario su triste oficio”** (Cita Como se hace un proceso. F. Carnelutti, traducción de Sentis Melendo y M. Ayerra Redin. Bogotá Temis 1994, pag. 165)

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Presidente Tribunal Superior de Barranquilla



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 10 – Febrero 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

DIVORCIO-Causales objetivas y subjetivas para su invocación/**CONDENA EN PROCESO DE ALIMENTOS**-No puede desconocerse sin la existencia de otro proceso que persiga su exoneración, disminución o aumento/**CAUSAL OBJETIVA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS**-Implica indagar el grado de culpabilidad del cónyuge que la originó/**CÓNYUGE CULPABLE**-Resulta condenado al pago de alimentos a pesar que la causal mutuamente alegada sea objetiva/ **INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL** – Se forma de la obligatoriedad de la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, se apela la sentencia de primera instancia que negó el pago de alimentos a favor de la recurrente (demandada inicial y demandante en reconvención), en razón de caducidad de su petición y por no haber demostrado la necesidad para reclamar esta prestación alimentaria.

Extractos: “El demandante inicial invoca como soporte de su pretensión, exclusivamente, la causal octava (8º) del artículo 6º de la ley 25 de 1992, es decir, la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años, y, a su turno, la demandada, en su escrito de contestación a la demanda, manifestó estar de acuerdo con que se decrete la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado con el demandante, siempre y cuando se condene al actor a suministrar alimentos¹.

Así las cosas, observa el Tribunal, existe acuerdo, por no llamarlo allanamiento, entre las partes, en punto del motivo o causal que se invoca para obtener el divorcio, más aún si en cuenta se tiene, como debe hacerse, que la demandada, en su demanda de reconvención, también postula como causal de su pretensión, la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años².

No sobra advertir que la demanda de mutua petición también se soporta en la causal primera (1º) del artículo 6º de la ley 25 de 1992, es decir, la relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, empero, se destaca la existencia del denominador común entre la demanda inicial y la de reconvención, cual es, la causal octava (8º) del citado artículo sexto (6º) de la ley 25 de 1992, y por tanto, para la Sala, será suficiente indagar por la configuración de la señalada causal, de estirpe objetivo, en el caso presente, y de manera consecuencial, estudiar el asunto relacionado con los alimentos pedidos por la demandante en reconvención.

¹ Véase escrito de contestación de demanda, folios 24 a 28, cuaderno principal.

² Véase demanda de reconvención, folios 82 a 86, cuaderno principal.

En otros términos que significan lo mismo: Es suficiente la prosperidad o mejor la configuración de una de las dos causales invocadas a efectos del decreto de divorcio que ambas partes pretenden, con el agregado, que la condena o no al pago de alimentos, es un punto inherente a la culpabilidad por el rompimiento de la vida en común cuando se persigue –como aquí ocurre- la imposición de la sanción al pago de alimentos.

Como pilar de ésta sentencia, igualmente se destaca el yerro de la sentencia apelada consistente en dejar sin efecto la condena al pago de alimentos impuesta al demandante inicial, xxxxxxxxxxxxxxxx, derivada de otro proceso con radicación N° 2.010-0479, adelantado ante el mismo despacho judicial, finalizado mediante sentencia de 30 Junio de 2.011, que obra como prueba en este asunto, visible a folios 38 a 40, pues, parece elemental decir que, el juez no puede válidamente, por si y ante sí, dejar sin efecto una sentencia de condena ejecutoriada, proferida en proceso distinto al juicio verbal de divorcio que adelanta, porque tal proceder se lleva de calle elementales principios procesales que enseñan que dejar sin efectos una sentencia de alimentos sólo puede hacerse a través del mismo procedimiento verbal, ya sea por exoneración, aumento o disminución, trámites previstos para tal fin.

Ahora bien, en lo que atañe con la causal de divorcio invocada por ambas partes, es decir, la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años, no es cierto, como se dice en la sentencia recurrida que no sea menester indagar la culpabilidad, pues, como se enseña por la Corte Constitucional en la sentencia C-1495 de dos (2) de Noviembre de dos mil (2.000), *“(…)Empero, el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales.(…) si la causa de divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. Empero, al parecer de la Corte este derecho no lo desconoce la norma en comento, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes y por cuanto el estatuto procesal civil diferencia, por el trámite, la invocación del divorcio por mutuo acuerdo -jurisdicción voluntaria- y el divorcio por las otras causales sujeto al procedimiento abreviado -artículo 427 C. de P.C.-. Además cuando hay contención se admite la reconvencción -Artículo 433 del C. de P.C.- y el juez está obligado a resolver respecto de la disolución del vínculo y del monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro -artículo 444 C.P.C.-, asunto que -como se dijo-, se deriva de la culpabilidad de los cónyuges en la causa que dio origen al divorcio. (...)”*, y, en este caso, el proceso señala que, el demandado en reconvencción, por conductas imputables a él, fue quien dio lugar a la separación de hecho, al rompimiento de la vida en común, de tal suerte que, tal cónyuge debe asumir la sanción derivada del divorcio, consistente en la condena al pago de alimentos a favor de la cónyuge inocente, señora, xxxxxxxxxxxx.

Nótese que la causal octava (8º) que ambas partes invocan como soporte de su pretensión, que ciertamente se configura integralmente, -confesada por el actor inicial en su demanda, admitida por la demandada en su contestación- no escapa al juicio de culpabilidad cuando de imponer consecuencias o sanciones derivadas de la misma se trata por solicitud expresa de la demandada, y, aquí, la culpabilidad del señor, xxxxxxxxxxxx, en el rompimiento de la

vida marital, emerge con claridad del testimonio del señor, xxxxxxxx, hijo de las partes, cuya declaración nadie objetó como sospechosa, (...)

Aclara el Tribunal que en casos como el presente, no es menester considerar, para el juicio de culpabilidad por la ruptura de la vida en común, las relaciones sexuales extramatrimoniales como una causal autónoma, sino que tal hecho –aquí demostrado– sirve de soporte para establecer, se insiste, la responsabilidad del aniquilamiento de la vida en común de los esposos, y por lo mismo, siguiendo las enseñanzas Constitucionales contenidas en la sentencia C- 1495 de 2 de noviembre de 2000, se abre paso la condena al pago de alimentos, a cargo del cónyuge culpable del susodicho rompimiento de la vida marital.

Ahora bien, a efectos de la sanción que se impondrá al demandante inicial, cónyuge culpable de la terminación de la vida familiar entre los esposos, XXXXX, consistente en el pago de alimentos, el Tribunal precisa que para estos fines se tendrá como cuota de alimentos la señalada en la sentencia de 30 de junio de 2011, proferida por el mismo Juzgado Primero de Familia, en el proceso de alimentos radicado con el N° 2010- 00479, pues, se itera, tal condena debe permanecer vigente, por lo explicado en párrafos anteriores.

Por lo demás, de nuevo, sobre los alimentos a cargo del demandante, xxxxxxxx, es cierto el estado de necesidad para reclamar aquellos de la señora, xxxxxxxx, quien recibe una mesada pensional casi equivalente a un salario mínimo legal vigente en el presente año, que padece tensión arterial a pesar del tratamiento médico, disnea de medianos esfuerzos, dolor precordial, según refiere su historia clínica incorporada al plenario (Véase folio 116, cuaderno principal), y, por lo mismo sobre este requisito la Sala lo encuentra satisfecho en el ámbito probatorio.”

FUENTE NORMATIVA: causal primera (1º) y octava (8) del artículo 6 de la ley 25 de 1992, Corte Constitucional: sentencia C-1495 de 2 de Noviembre de 2.000.

FECHA: 4 de febrero de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-001-2011-00458-01/ 00123-2012-F

DECISIÓN: Revoca y Modifica Parcialmente Decisión De Primera Instancia.

INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM- En procesos de pertenencia/ **SENTENCIA EN ACCIÓN REIVINDICATORIA-** Favorable a los intereses del tercero/**JUSTO TÍTULO-** Como requisito para obtener la prescripción adquisitiva de dominio/**Características**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica: En el presente caso, la alzada cuenta con dos problemas jurídicos fundamentales. Uno: La declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio por la demandante y Dos: La acción reivindicatoria, venida avante en la primera instancia a favor del tercero ad-excludendum.

Extractos: “La actora alega haber adquirido del señor GREGORIO COLL el inmueble objeto del litigio, denominado Granja Tubará, en razón que este, el señor Gregorio Jerónimo Coll, quien fungía como propietario del terreno en razón de la adjudicación administrativa realizada por el INCORA, a través de resolución 00472 del 17 de mayo de 1989, y Resolución 000990 de 31 de agosto de 1989, que aclara la anterior Resolución en el sentido

de tener como ubicación del predio a Barranquilla, se lo entrega por mera liberalidad y que viene ocupando, conforme su aserto, desde hace más de 10 años, ubicado en la vía circunvalar a 2.200 mts de la carretera a Juan Mina y a 800 mts de la carretera a Puerto Colombia, en una extensión aproximada de 13 Hectáreas 2.040 mts².

En el interrogatorio que se le hizo a la aludida señora Villadiego Domínguez (folio 705 Cuaderno No. 2) precisa que ocupa las 13 Hectáreas "...que fue las que me entregaron a mi..". Entrega que confiesa deviene de Gregorio Jerónimo Coll y precisa la razón o causal de tal dejación "...porque él estaba solo y se aburrió y me las entregó, porque los señores que lo metieron ahí no le pagaban..." (...) "...después a los ocho años en 1999 vino y me hizo un amparo policivo, pero no se hizo efectivo no me sacaron y como no me sacaron me echaron al CARACOL quien llegó con hombres armados amenazando matarme a mi y a mi marido y a mi hijos", y reitera que el amparo policivo se le efectuaron "a los ocho años de estar viviendo la tierra".

Bien claro se tiene de la anterior declaración, que la actora y su familia llegaron y se aposentaron en el predio para el año 1991 (es decir, que al momento de la formulación de la demanda solo contaba con escasos 4 años de posesión), en razón de la entrega que le hiciera el señor Gregorio Jerónimo Coll, sin embargo no adosa título alguno que dé cuenta de la transferencia ni menos que se haya realizado la tradición, por lo que carecería de lógica el argumento de la **prescripción ordinaria**, teniendo en cuenta que no cuenta con un título traslativo de la propiedad.

Además, quedó demostrado que el predio del señor GREGORIO COLL, y que ahora pretende adquirir la actora por prescripción, fue adjudicado mediante maniobras delictivas tendientes a distorsionar medidas y linderos de otros inmuebles, situación que investigó la Fiscalía 4° Delegada y por la cual ordenó revocar la resolución del INCORA que le adjudicó el inmueble (como si se tratase de un baldío, siendo de dominio privado), así como cancelar las matrículas inmobiliarias correspondientes.

A esta decisión penal, se agrega que en el ámbito contencioso administrativo, por solicitud del Banco Ganadero, se obtuvo la declaratoria de nulidad de las resoluciones 00472 del 17 de mayo de 1989 y 000990 del 31 de agosto del mismo año expedidas por el Gerente General del Atlántico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, con la consecuencial orden de cancelación de las matrículas inmobiliarias Nos. 040-0055230 y 040-0055231 (sentencia 29 octubre de 1997 Tribunal Administrativo del Atlántico) decisión confirmada por el Consejo de Estado en agosto 11 de 2005.

(...)

Estos hechos trascendentales, ponen de manifiesto, que la Señora GLADYS VILLADIEGO, mal puede alegar la existencia de un justo título constitutivo o traslativo de dominio, por lo que queda excluida la posibilidad de una prescripción adquisitiva **ordinaria de dominio**.

En el asunto que se examina, existe entonces total orfandad probatoria respecto del justo título que se debe aportar para solicitar la prescripción ordinaria de dominio, pues los medios de convicción tendieron únicamente a demostrar el tiempo por el cual el actor había poseído el bien inmueble objeto de la pretensión, sin detenerse a apoyar su pedimento en un documento que pudiera ser tenido como título traslativo de dominio.

Por lo tanto, al no existir material probatorio para examinar en relación a tal tópico, aparece de bulto la improsperidad de las pretensiones, sin que sea necesario examinar los argumentos de la censura en sustentación del recurso de apelación, pues, se itera, al no existir posesión regular, sobra estudiar el tiempo de posesión del inmueble, si lo que se deprecó de principio fue la **prescripción ordinaria de dominio**.

(...)

Esta Sala encuentra con tal experticia y prueba documental anexa analizada en conjunto, que no existe identidad entre los predios que dice poseer la señora GLADYS VILLADIEGO y aquellos sobre

los cuales reclama se le declare dueño por prescripción ordinaria, reafirmado en la inspección judicial practicada por el A quo se aparecía lo siguiente, al identificar el inmueble a usucapir "...se trata de un terreno cercado donde al inicio del mismo, encontramos una especie de media agua, la que tiene tres (3) cuartos, una sala, un bala, a su alrededor se observa árboles, de ciruela, recorrido el terreno hacia el lado sur, encontramos parte del Terreno trabado con motoniveladora o compactadora, se observa o no (sic) límites unos palos enterrados en la Tierra, sin alambre de púa visible, se observa una topografía accidentada por su suelo, hacia el lado norte encontramos una cancha rústica de futbol, y más allá del terreno dividido por arroyo, al pasar el mismo, encontramos una media agua, con dos (2) cuartos, y ahí encontramos al señor GUILLERMO GUTIERREZ, (...), quien manifestó al despacho tener una parte del Terreno objeto del proceso, (...). Siguiendo el (sic) del Camino hacia el lado Noroccidental, nos encontramos camino y basureros que expiden un olor fuerte, más allá encontramos uno vigilantes de la empresa Vimarco. Quienes manifestaron que están a nombre del Banco BBVA.COLOMBIA S.A., razón por la cual se tomará declaración a nombre del Banco (...) Este juzgado deja constancia de la **ambigüedad de los límites de las personas que están en estos terrenos**, razón por la cual se apoyara en el dictamen pericial", además de acuerdo al dictamen no demostró la demandante posesión sobre la mayor parte de los terrenos que fueron examinados en la inspección judicial, pruebas suficientes para concluir que las pretensiones de la actora no están llamadas a prosperar.

A continuación acomete la Sala el análisis de la intervención ad-excludendum del señor Arturo Fernández Renowitzky:

El caso bajo estudio lo constituye la denominada Acción **Reivindicatoria o de Dominio**, que es la que tiene el dueño que ha perdido contacto con su cosa, contra el poseedor sin propiedad, para reclamar el derecho de posesión como causa para que el actor pueda pedir y obtener el pleno goce de su derecho.

Tiene su fundamento en el **dominio**, que como derecho real, le confiere a su titular el poder de persecución, que lo habilita a ir tras la cosa de manos en quien se encuentre, constituyendo de esta manera, el medio eficaz para ejercer ese poder que está regulado por el artículo 946 del Código Civil.

La acción reivindicatoria esta estatuida en cabeza del dueño que ha perdido la posesión frente al poseedor que carece de la propiedad, por medio de la cual se busca que la posesión de una cosa vuelva a manos del dueño; en ella, no se discute el dominio, el cual sirve de sustento y de causa para que se realice la restitución de la cosa.

Para la prosperidad de las pretensiones dentro de un proceso de esta índole, resulta menester demostrar los siguientes elementos axiológicos:

- ♦ Derecho de dominio del demandante sobre la cosa cuya restitución se pretende o legitimación activa.
- ♦ Posesión de la cosa por el demandado o legitimación pasiva.
- ♦ Que se trate de cosa singular y reivindicable o cierta determinada o de cosa singular.
- ♦ Identidad entre la cosa perseguida por el actor y la poseída por el demandado.

Es fundamental entonces, que el actor tenga la calidad de propietario de lo que pretende reivindicar y debe demostrar esa condición frente al poseedor que está cobijado por la presunción de ser dueño de la cosa, de tal manera que el título aportado debe tener **existencia precedente** a esa posesión ejercida por el opositor.

Es decir, que para la prosperidad de la pretensión reivindicatoria, es menester demostrar la existencia de títulos anteriores a la posesión del demandado, a fin de destruir la presunción de dominio que lo protege.

El a quo hizo una extensa referencia de los títulos que establecen la propiedad del bien reclamado en reivindicación por el interviniente Ad-excludendum ARTURO FERNANDEZ RENOWITZKY.

Tenemos pues, los siguientes títulos que son fuente y antecedentes de la propiedad que arguye el tercero:

- Mediante sentencia de 12 de agosto de 1967, el señor JOSE ANGEL GOMEZ, adquirió por prescripción adquisitiva de dominio, el globo de mayor extensión denominado “Hacienda San Luis” que contenía 2 globos de menor extensión denominados San Luis 1 y San Luis 2 sentencia que fue registrada y protocolizada en la Escritura 2341 del 31 de Agosto de 1967, Notaría 4° del Círculo de Barranquilla.
- Escritura pública 150 de enero 20 de 1968 emanada de la Notaría Cuarta de Barranquilla, por la cual JOSE ANGEL GOMEZ vende a SRUL WANCJER.
- Escritura pública 1363 de julio 14 de 1975 emanada de la Notaría Primera de Barranquilla, por medio la cual SRUL WANCJER vende a DOMINGO TURBAY y ELI ILLUECA DE TURBAY.
- Escritura 1364 de julio 14 de 1975, Notaría 1° de Barranquilla, mediante la cual DOMINGO TURBAY y ELI ILLUECA DE TURBAY venden a INVERSIONES Y URBANISMOS AVITUR LTDA
- *Escritura 3427 de diciembre 30 de 1977 emanada de la Notaría Primera de Barranquilla, en la cual la sociedad INVERSIONES AVITUR LTDA, segrega el predio SAN LUIS 1 en nueve lotes y una faja de terreno, así: Lote No. 1: San Luis Uno B (1-B): 20.000 Mts2. Lote No. 2: San Luis Uno C: (1-C): 20.000 Mts2. Lote No. 3: San Luis Uno D: (1-D): 20.000 Mts2. Lote No. 4: San Luis Uno E: (1-E): 20.000 Mts2. **Lote No. 5: San Luis Uno F: (1-F): 32.000 Mts2.** Lote No. 6: San Luis Uno G: (1-G): 40.000 Mts2. Lote No. 7: San Luis Uno H: (1-H): 40.000 Mts2. Lote No. 8: San Luis Uno I: (1-I): 20.000 Mts2. Lote No. 9: San Luis Uno J: (1-J): 20.000 Mts2*
- *Escritura 2428 de fecha octubre 29 de 1979, Notaría 1° del Círculo, mediante la cual INVERSIONES Y URBANISMO TURBAY LTDA transfiere a título de venta a DOMINGO TURBAY BURGOS y ELSY ILLUECA DE TURBAY.*
- *Escritura 1300 de fecha junio de 1980, Notaría 1° de Barranquilla, mediante la cual ELSI ILLUECA DE TURBAY transfiere a título de venta a FANNY MEDINA (69%) Y JOSE ALI RIQUET (31%) el lote de terreno **San Luis Uno F: (1-F).***
- *Escritura 15 de 11 de enero de 1983, Notaría 1° de Barranquilla, mediante la cual FANNY MEDINA compra a ALI RIQUET su parte del lote de terreno **San Luis Uno F: (1-F)** quedando como propietaria de todo este lote.*
- *Escritura 144 de 3 de febrero de 1983, Notaría 1° del Círculo, mediante la cual FANNY MEDINA DE YUNEZ, transfiere el dominio del lote **San Luis Uno F: (1-F)** a ARTURO FERNANDEZ RENOWITZKY.*

Frente a estos títulos escriturarios, es claro para esta Sala que tal inscripción exhibida por el interviniente, el predio **San Luis Uno F: (1-F)** que se pretende reivindicar efectivamente está en cabeza del señor FERNANDEZ RENOWITZKY.

Ahora, es preciso también para la prosperidad de esta acción, exista identidad entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre

el cual recae. Se encuentra este requisito también cumplido, pues de acuerdo al dictamen y los planos anexados, parte del lote de terreno que dice poseer la señora GLADYS VILLADIEGO incluye el predio **San Luís Uno F: (1-F)**, predio que el señor RENOWITZKY busca reivindicar.

Respecto de las prestaciones mutuas, no hay lugar a precisar respecto de la indemnización por los daños sufridos, porque de la valoración integral de las pruebas allegadas y practicadas es claro que el predio no ha sido explotado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 2528, 764, 765 C.C, C.S.J. Sala De Casación Civil, Marzo 9 De 1989. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianeta, Consejo De Estado. Sala De Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Agosto 11 De 2005. C.P.: Maria Elena Giraldo Gómez.

DEMANDANTE: Gladys María Villadiego Dominguez

DEMANDADO: Gregorio Jeronimo Coll, Arturo Zacarias Cure Turbay, Sociedades De Inversiones Solfeda Orlande Y Cia S En C Y El Banco Ganadero, Hoy Banco Bbva Colombia S.A. Y Demás Personas Indeterminadas

FECHA: 15 De Febrero De 2013

RADICACIÓN: 36578

DECISIÓN: Confirma Sentencia Apelada

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES- Medidas correctivas/ INIMPUTABILIDAD PENAL-Concepto/ CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA- Sanciones aplicables/Límites de edad para infractores

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, el recurrente pretende que se modifique la sanción impuesta al menor infractor por cuanto estima que el a-quo no debió ordenar la privación de la libertad en centro de atención especializado por un año, cuando la Fiscalía y Defensoría de Familia solicitaban es la medida de internación en medio semicerrado, posición compartida por la Defensa del menor.

Extractos: “En el caso sub-lite, el hecho cuya realización se endilga al menor infractor XXXXXXXX, se relaciona con la autoría de las conductas de HOMICIDIO CULPOSO Y FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS, tipificadas en los Arts. 109 y 365 de Código Penal, donde resultó como víctima la menor XXXXXXXXX.

Para la Sala, la acción por la cual se investigara al adolescente antes dicho, es una verdad procesal incuestionable y su materialidad en el proceso es evidente, ya que, ha quedado debidamente acreditado con las pruebas allegadas al proceso y el hecho de haber sido aceptada por el menor.

En el caso materia de estudio, lo que se cuestiona con la impugnación, es el hecho de haberse impuesto por el a-quo la privación de libertad en centro de atención especializado por un año –Art. 177-6-, habiéndose solicitado por la Fiscalía y la Defensora de Familia una sanción diferente como es la internación en medio semicerrado con imposición de reglas de conducta, lo cual es avalado por el Defensor recurrente.

(...)

Al entrar a valorar las pruebas obrantes en el *sub examine* esta Sala encuentra pertinente mencionar que al igual que el aspecto de la ocurrencia del hecho punible, el aspecto de la responsabilidad del menor procesado debe aparecer acreditado más allá de toda duda, lo

cual se encuentra demostrado dentro del proceso, por lo que corresponde a la Sala entrar a dilucidar si efectivamente le asiste razón al impugnante.-

Del análisis de las pruebas, observa la Sala que, el menor nació el 8 de septiembre de 1997, contando a la fecha de comisión de la conducta con 15 años de edad, por lo que, se encuentra cobijado por lo establecido en el Artículo 187 del Código de Infancia, o sea, “...La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18) que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión...”

Lo anterior pone de presente que, al menor aquí procesado, no se le puede imponer la sanción de privación de libertad en centro de atención especializado, pues se estaría transgrediendo lo preceptuado en el artículo antes referido, ya que éste cuenta solo con 15 años de edad.

En cuanto a las reglas de conducta impuesta por el lapso de 36 meses, es de precisar que el Art. 183 del Código de la Infancia, prescribe que esta sanción “...no podrá exceder de los dos (2) años.”

Por las anteriores razones, esta Sala modificará el numeral 2º de la parte resolutive del fallo venido en alzada, revocando la sanción de privación de la libertad, y se modifica la imposición de reglas de conducta en lo atinente al término de duración, la cual se fijará en dos (2) años, a efecto de no transgredir lo dispuesto por el Art. 31 de la Constitución Política, que dice: “...El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”, ni incurrir en violación al debido proceso, se le mantendrán las demás sanciones impuestas en este numeral por los términos establecidos en el mismo.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 33, 109 y 365 del mismo código, modificado por el Art. 19 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, Ley 1098 de 2006, Arts. 139 y 140.

FECHA: Diciembre 13 de 2012. Audiencia de lectura de fallo: 24 de enero de 2013.

RADICACIÓN: 08001-60-01-319-2012-1023-01/ 2012-00071 P-SG

DECISIÓN: Modifica Fallo De Primera Instancia.

2. SALA LABORAL

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ- Conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993/**INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN-** Forma de calcularlo con base en el I.P.C./Semanas cotizadas por el asegurado/**REGIMEN DE TRANSICIÓN-**Para sus beneficiarios aplica condiciones especiales/Inaplicación art. 21 Ley 100 de 1993

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se le reliquide su pensión de vejez otorgado por el ISS, por cuanto considera que éste no lo contabilizó la totalidad de las semanas cotizadas, y que para efectos de hallar su IBL no lo hizo con base en lo estatuido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Extractos: “Como quiera que el ingreso base de liquidación que tomó en consideración el I.S.S. es el que ofrece discusión en esta instancia, resulta preciso reseñar las normas que regulan este tópico para una mayor comprensión de la decisión que adoptará la Sala frente a la impugnación del fallo de primer grado.

La prueba documental obrante en el proceso, como es la Resolución No. 000427 del 27 de junio de 2002, pone de presente que para el 1° de Abril de 1.994, fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (Art.151 ibídem), el demandante era un trabajador aportante, con más de 40 años de edad **<52 años>**, reuniendo por ende los presupuestos exigidos por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quedar cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, y que en lo pertinente dispone:

“(…)

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

Luego, refule con nitidez que el actor adquirió el derecho pensional bajo la vigencia de la Ley 100 de 1.993, en razón de que cumplió los 60 años de edad el **6 de septiembre de 2001**, tal como se infiere de la fecha de su nacimiento <6 de septiembre de 1.941>, encontrándose a su vez cobijado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36, por lo tanto, como quiera que para el 1° de abril de 1994 contaba con ya con **52 años** de edad cumplidos, le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida, concretamente **7 años, 5 meses y 5 días**, es este el tiempo que se debió computar para hallar el I.B.L. a efectos de tasar la mesada pensional, de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 antes aludido, y no durante los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, toda vez que éste se aplica para aquellas personas que les faltaba más tiempo, que es el supuesto contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1.993.

Sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de septiembre de 2003, radicación 20.130. y que reitera las de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, y 22 de julio de 2003, radicación 19794, puntualizó:

“(…)

Por otra parte, debe precisarse que de conformidad con el aludido precepto, en tratándose del ingreso base para liquidar la pensión de quienes les hiciere falta menos de 10 años para adquirir el derecho, existen dos opciones para obtener ese ingreso: De una parte, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para cumplir los requisitos para pensionarse; o de otro lado, el promedio de todo el tiempo cotizado, si este promedio fuere superior. Pero en ambos eventos, para la Corte es claro que el promedio respectivo deberá ser actualizado anualmente con la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, pues de no entenderse el precepto de esa manera, y se considerase que la actualización sólo procede cuando se toma el promedio de todo el tiempo cotizado, se incurriría en una discriminación que

significaría un inexplicable detrimento del ingreso base para liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición, que daría al traste con el objetivo de la Ley 100 de 1993 de otorgar prestaciones que permitan obtener calidad de vida acorde con la dignidad humana. (...)”

Luego, no le asiste razón al apelante al estimar e insistir en que el ingreso base de liquidación debe hallarse de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1.993, en virtud de que si bien el derecho pensional del aquí demandante se consolidó en vigencia de dicha Ley, lo fue amparado por el régimen de transición contemplado precisamente en su art.36, y donde expresamente se plasmó la forma para hallar el IBL de las personas que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993 <1º de abril de 1994> les faltare menos de 10 años para cumplir la edad respectiva.

Igual suerte corre la pretensión de que se le reliquide la pensión “*sobre la validación del I.P.C.*”, por cuanto precisamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, le regula la forma de actualizar los ingresos devengados por los afiliados beneficiarios del régimen de transición, expresamente dispone que debe ser “*actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*”, y dado que el demandante no tabuló la posible diferencia que arrojaría la no “validación del I.P.C.”, no puede tener certeza la Sala que la entidad de seguridad social demandada como lo es el Instituto de Seguro Social haya incumplido su deber legar de darle aplicación integral a la norma antes citada.

Distinto ocurre en aquellos casos en lo que se reclama la indexación de la base salarial para reajustar el valor inicial de una pensión de jubilación convencional y/o legal a cargo de empleadores, eventos en los cuales la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral³, ha avalado la indexación de la primera mesada pensional con fundamento en los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, que prevén el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones.

Es así como precisamente la sentencia traída a colación por el demandante en el libelo de demanda Rad.29.470 de 2007, expresa:
“(....)

*En tales sentencias se aludió a **la omisión del legislador de consagrar la indexación del salario base, para liquidar las pensiones de los trabajadores que se desvinculan de su empleador, sin tener la edad para pensionarse, y cuyo salario sufre necesariamente una afectación, derivada de fenómenos como el de la inflación;** se hizo un recuento legislativo de la indexación en distintos ámbitos, para llegar a la previsión contenida en la Ley 100 de 1993, respecto a la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones previstas en esa normatividad, como para las del régimen de transición. Así mismo, rememoró la evolución de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la que en su propósito de unificar la jurisprudencia, ha fijado el alcance y el sentido de las diferentes normas y dado las pautas para solucionar los casos, que no encuentren una regulación legal expresa.(...)*”

³ Recurso de casación interpuesto por Oscar Mejía Ángel contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación,

Respecto a la reliquidación del ingreso base de liquidación “*teniendo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas*”, bajo el argumento de que en la historia laboral existen inconsistencia en algunos ciclos como los de junio, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1996, y septiembre de 1.998, tenemos que en el “Resumen de semanas” aportado por el actor, solo le aparece inconsistencias en el ciclo perteneciente al mes de junio de 1996, en el que se le registran “0” semanas bajo el supuesto de que “*nombres no concuerdan con Registraduría*”, sin embargo, no debe perderse de vista que en el “resumen de semanas” aportado al proceso por la demandada visible a folios 46 a 47, el I.S.S. le computa el ciclo de **01/06/1996** al **30/06/1996**, indicando como número total de semanas **1.424.29**.

Ahora bien, como quiera que no existe duda que el actor durante toda su historia laboral cotizó un total de **1.424,29** semanas, de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1.990, le corresponde el máximo monto porcentual y/o tasa de reemplazo del 90%, el cual en efecto fue el utilizado por el I.S.S. para aplicarlo al I.B.L., tal como se constata en la Resolución No. 000427 del 27 de junio de 2002.

En cuanto a la fecha de nacimiento del actor, ha de advertir que aun cuando en la demandada en la Resolución por medio de la cual le reconoce la pensión de vejez indica que nació el “9 de septiembre de 1.941”, nótese que en la parte resolutive indica que dicha prestación económica se la reconoce a partir del “**6 de septiembre de 2001**”, esto es, indica la fecha correcta en la que el actor cumplió los 60 años edad, lo que hace inferir que dicha inconsistencia obedeció a un error de transcripción, máxime cuando en el resumen de semanas cotizadas aportado al expediente, el Seguro Social señala correctamente que como fecha de nacimiento del afiliado el “6 de septiembre de 1.941”.

Lo anterior nos permite concluir que (...)

Al actor no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez al habersele liquidado su ingreso base de liquidación con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, que es la norma que lo regula para los beneficiarios del régimen de transición que a la entrada en vigencia de dicha Ley le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y no el artículo 21 ibídem, norma que además contempla la actualización de los salarios de acuerdo al I.P.C. certificado por el DANE. Aunado a que al haber cotizado más de 1.250 semanas, le correspondía como monto porcentual del 90%, como en efecto lo hizo el Instituto de Seguro Social.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 y Artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

FECHA: Enero 30 de 2013

DEMANDANTE: Alirio Armando López Ospino

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-006-2012-00002-01/ 48.328-A

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

RETROACTIVO PENSIONAL-Le pertenece al empleador jubilante/**COMPARTIBILIDAD PENSIONAL**-Cuando el empleador se subroga en las obligaciones de la entidad aseguradora del riesgo de vejez/Diferencias surgidas entre la pensión de jubilación y la de vejez

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora recurre la providencia de primera instancia, por cuanto estima que el retroactivo pensional que mantuvo en suspenso el ISS le corresponde a él, y no a su antiguo empleador, quien sostiene además que la diferencia que surja entre el valor reconocido en la pensión que viene disfrutando y la de vejez deberá ser a su favor.

Extractos: “Resulta un hecho cierto y acreditado en el plenario que mediante Resolución No. 157 de 2002⁴, la extinta EDT de Barranquilla reconoció al actor una pensión de jubilación convencional a partir del 04 de marzo de 2002. En su parte resolutive (artículo 3º) se ordenó descontar “...de la pensión de jubilación que reconoce la Empresa, el valor de la pensión de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, entre tanto la Empresa seguirá cotizando al seguro I.V.M. y el jubilado asumirá la cotización en salud”; y en el artículo cuarto que “En consecuencia de lo anterior y de conformidad con el literal f) del Artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, el señor ADALBERTO MOLINA PADILLA autoriza expresamente a la EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA, E.S.P., para que previo cumplimiento de los requisitos de ley, en su nombre diligencie ante el Instituto de Seguros Sociales o el Fondo de Pensiones en donde se encuentre afiliado, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, cobre y reciba el retroactivo que se cause como consecuencia del reconocimiento de la pensión mencionada.”.

Igualmente se encuentra aportada la Resolución N° 1937 del 17 de febrero de 2010⁵, por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 07 de mayo de 2009 en cuantía inicial de \$1.524.930.00, liquidada con base en 1.826 semanas y un IBL de \$1.694.367.00, al cual se le aplicó el 90% de tasa de remplazo. Así mismo, se ordenó (parágrafo 2º) dejar en suspenso el giro del retroactivo generado por valor de \$16.530.242.00, mientras se definiera por la justicia ordinaria a quien le correspondía el mismo, a pesar de las contradictorias consideraciones contenidas en el acto sobre el tema, que se transcriben:

(...)

“Que la vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social..., se pronunció acerca del alcance del giro del valor del retroactivo causado con ocasión de las pensiones compartidas, disponiendo que en todo caso el valor del retroactivo ocasionado por el reconocimiento de una pensión de carácter compartida será girado al empleador previa autorización suscrita por el trabajador debidamente autenticada, en la cual manifiesta que dicha suma debe ser girada a favor de la entidad jubilante; así mismo en el evento que exista controversia respecto a quién el corresponde el derecho al retroactivo o en caso que el empleador alegue a su favor el derecho sin aportar la autorización del trabajador, se dejará en suspenso el giro de dicho retroactivo hasta tanto la justicia laboral defina a quien le corresponda...”

“Que obra dentro del expediente a folio 27 comunicación escrita mediante la cual el asegurado ADALBERTO MOLINA PADILLA manifiesta que los retroactivos generados por concepto de reconocimiento de la pensión de vejez deberán ser girados directamente a su nombre y que en el evento de que sea de esa manera se deberá dejar en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria decida al respecto, así mismo revisado los documentos que hacen parte integral del

⁴ Fls. 20-22. Se halla incompleta y tiene apartes ilegibles

⁵ Fls. 10-13

expediente se estableció que no obra manifestación alguna por parte del empleador EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA E.S.P.

“Que de conformidad con lo anteriormente expuesto se procederá a conceder la pensión solicitada... aclarando que el valor del retroactivo será girado a la entidad jubilante de acuerdo a lo manifestado en párrafos anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990...

“Que en conclusión, en el caso en estudio es claro que hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 07 de Mayo de 2009 aclarando que el Retroactivo generado, será dejado en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria defina a quien le corresponde. *(Las subrayas no pertenecen al texto original)*

Teniendo claro, por lo atrás visto, que se trata de una pensión compartida, sea oportuno hacer un recorrido histórico del fenómeno de la compartibilidad, iniciando por el Acuerdo 224 de 1.966, emanado del Seguro Social, que en su artículo 60 estableció tal figura sobre las pensiones legales:

“Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte: Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en ese momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono”

Más tarde, con el Acuerdo 029 de 1.985, se posibilitó la compartibilidad de una pensión de naturaleza legal con una de origen extralegal. En su artículo 5° señaló:

“Los patronos inscritos en el Instituto de Seguro Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocida en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono...”

Con el Acuerdo 049 de 1.990, en sus artículos 16 y 18, el Instituto de Seguros Sociales contempló la compartibilidad de las pensiones legales y de la extralegal con la de vejez, pero que se hayan causado a partir del 17 de Octubre de 1.985.

(...)

Se colige entonces que por regla general toda pensión de jubilación extralegal reconocida con anterioridad a la publicación del Decreto 2879 de 1985, que aprobó el Acuerdo 029, es decir, antes del 17 de octubre de 1985, es compatible con la de vejez que más adelante, previo el lleno de requisitos legales, otorgue el ISS o cualquier otra entidad del sistema de seguridad social, salvo, si se estipula lo contrario.

En el sub lite, como quiera que se resulta más que claro para la Sala que para todos los efectos la pensión de jubilación convencional reconocida al actor es compatible con la de vejez que otorgó el ISS, no queda duda que el retroactivo producto de las mesadas causadas de la pensión de vejez le pertenece al empleador jubilante y con mayor razón si ése fue el querer o voluntad de las partes, tal como se plasmó en el referido acto que concedió la prestación voluntaria. Ahora, como se mantuvo en suspenso a esperas que se definiera a quién le correspondía, valga ampliar más al respecto: Desde vieja data ésta Sala, frente al tema de la compartibilidad pensional y el reclamo del retroactivo, venía sosteniendo⁶ que para que fuese conforme a derecho el giro del retroactivo pensional a favor del patrono, debía mediar autorización del trabajador, así se tuvo –entre otras consideraciones– en el acto administrativo del ISS. No obstante, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de noviembre de 2007, consideró que:

“...Vistas así las cosas, le asiste razón al recurrente y se equivoca el Tribunal al inferir que en esta clase de asuntos de pensiones compartidas, en las que el empleador continúa cubriendo la pensión de jubilación mientras el Instituto de Seguros Sociales reconoce la prestación de vejez, el retroactivo pensional le corresponda al trabajador, cuando lo razonable jurídicamente es que le pertenece a quien cubrió periódicamente el 100% de la pensión sin estar obligado a ello, pues subrogado el riesgo por parte del ISS, únicamente queda a cuenta de ese empleador el pago del “mayor valor” en el evento de existir, conforme claramente lo establece el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, que repitió lo señalado en esta materia por el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del 4 de octubre del mismo año, norma última que era la que se encontraba vigente para el preciso momento en que en el sub lite se reconoció la pensión de jubilación convencional al actor, lo que tuvo ocurrencia como atrás se dijo a partir del 1° de octubre de 1986, hecho indiscutido en sede de casación.

Como lo destaca el recurrente, esta Corporación ya tuvo la oportunidad de estudiar y definir el tema, y en un caso análogo seguido contra el mismo Instituto de Seguros Sociales, en casación del 15 de junio de 2006 radicado 27311, que ahora se reitera, al respecto se puntualizó:

“(....) Como puede observarse de la lectura de la decisión atacada, el Tribunal luego de inferir que las pensiones de jubilación y de vejez del ISS eran perfectamente compatibles, concluyó <Por consiguiente, el monto cancelado por el ISS al empleador del pensionado plasmado en el artículo segundo de la precitada Resolución (fls. 12 y 13), no le corresponde al demandante MURCIA CARDENAS, ya que fue cubierto temporalmente mientras que el ISS asumió la pensión de vejez, razón suficiente para CONFIRMAR la decisión primigenia>.

Planteada en este orden la controversia, la Corte parte de la premisa de que ambas pensiones, la de jubilación y de vejez, para el sub examine son compatibles, pues como se dijo, la censura para efectos de estos cargos da por sentado este supuesto, limitando la discusión a la legalidad de la entrega del retroactivo pensional a la empleadora jubilante.

(....)

De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se

⁶ Sentencia del 7 de Diciembre de 2007, Rad. 08-001-31-05-007-1996-0255-01/16159

formalice la subrogación. Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.

Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago.

Lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos endilgados y en estas condiciones no prosperan los cargos”.

Ahora bien, es menester aclarar que las demás inferencias fácticas del Tribunal y a las cuales no hizo referencia el recurrente, consistentes en que la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación patronal, en ninguno de sus apartes indica a quien se le debe girar el retroactivo que se cause, y que al plenario no se aportó autorización expresa del trabajador en la cual manifieste al ISS que el retroactivo de esa pensión compartida deberá girarse a la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla; para el caso en particular no logran mantener en pie el fallo censurado, toda vez que al derribarse la conclusión esencial de índole jurídico del Tribunal y al quedar establecido que en asuntos con las características del que ocupa la atención a la Sala, el retroactivo pertenece es a la entidad jubilante y no al trabajador, trae consigo que igualmente se desvanezcan estos razonamientos fácticos, por ser los mismos dependientes del discernimiento de puro derecho antes reseñado y estudiado donde el fallador de alzada al interpretar la norma cuestionada sostuvo erradamente que esa acreencia le correspondía era al afiliado demandante...”; Criterio éste que fue acogido desde fallos atrás⁷. (Subrayas para resaltar)

En éste orden de ideas es fácil concluir que no tiene asidero jurídico lo resuelto en el acto administrativo del ISS de mantener en suspenso el pago del retroactivo a esperas de su definición, toda vez que el retroactivo pensional corresponde es al empleador quien inicialmente asumió el riesgo de la pensión de jubilación sin estar obligado a ello, hasta tanto el trabajador afiliado cumpliera los requisitos para adquirir la de vejez, más aún cuando este tema ya ha sido decantado en innumerables oportunidades por la jurisprudencia.

Por otro lado, en cuanto la existencia de una diferencia entre ambas pensiones, no encuentra la Sala indicio alguno que muestre que realmente se presente, por el contrario lo que se asoma del material probatorio allegado por el mismo demandante e igualmente de lo expuesto en sus supuestos fácticos, es que la prestación del ISS superó en monto a la de jubilación del empleador⁸. Luego, por mandato legal, esa situación exonera a éste último de efectuar cualquier pago a favor del pensionado, caso distinto si hubiere quedado a su cuenta –únicamente- el mayor valor entre las dos pensiones.

Ahora bien, no se logra comprender lo que insistentemente ha mantenido en su discurso el apoderado de la parte actora en el sentido que no puede la demandada beneficiarse ni apropiarse del ahorro o cotizaciones efectuadas por el demandante cuando fue trabajador

⁷ Sentencias del 30 de Mayo y del 31 de Julio de 2008

⁸ Así se observa a folio 13 (Res. ISS) y 27 (comprobante de pago de pensión)

de empresas distintas y anteriores a su último empleador jubilante, y éste acumular el capital para financiar la pensión junto con la que reconoció el ISS.”

FUENTE NORMATIVA: Acuerdo 224 de 1.966, art. 60, Acuerdo 029 de 1.985, art. 5°, Acuerdo 049 de 1.990, artículos 16 y 18. Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de noviembre de 2007.

FECHA: 29 de enero de 2013

DEMANDANTE: Adalberto Molina Padilla

DEMANDADO: Dirección Distrital de Liquidaciones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-013-2011-00413-01/48264-A

DECISIÓN: Se confirma sentencia apelada

PENSIÓN DE VEJEZ- Reconocimiento/ **INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA-** Resulta incompatible con la pretensión de pensión de vejez/ **MORA DEL EMPLEADOR-** En los aportes destinados a la cotización pensional/**PENSION POR APORTES-** Procedencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita el reconocimiento de su pensión de vejez al ISS en consideración a todo el tiempo cotizado a los diferentes empleadores que tuvo durante su vida laboral, por lo que estima se hace acreedora a esta prestación económica conforme a la ley vigente.

Extractos: “Adentrándonos al caso materia de estudio, el actor como atrás se señaló logró cotizar para el Instituto de los Seguros Sociales un total de 617.27 semanas, es de advertir que de esta cifra solo 248.96 semanas cotizadas corresponden al lapso de los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad requerida, esto es, del 24 de diciembre de 1981 al 24 de diciembre de 2001, fecha en que cumplió los 60 años de edad, por ello, se echa de menos uno de los supuestos fácticos exigidos en la normatividad atrás referida.

Ahora bien, si bien se registran tiempos en el sector público para efectos de la aplicación del comentado Acuerdo, mal pueden tenerse en cuenta toda vez que éste reglamento del Instituto de los Seguros Sociales no permite el cómputo del tiempo como servidor público, lo anterior, guarda armonía con la sentencia radicación 23.611 de noviembre 4 de 2004, M. P. Doctor Gustavo José Gnecco Mendoza y la sentencia radicación 25.401 de mayo 17 de 2005, M.P. Doctor Eduardo López Villegas, que al abordar un caso similar sobre este tema dijo:

“ Ciertamente el tribunal al haber tenido en cuenta las cotizaciones para pensión hechas por el demandante a la caja de previsión departamental, y adicionarlas a las sufragadas al Instituto de Seguros Sociales, ha de entenderse, dado que concedió el derecho pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que cometió un yerro fáctico evidente, puesto que tuvo por demostrado aportes al ISS por más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, cuando la historia laboral muestra que las cotizaciones para pensión al instituto en dicho período fueron bastante inferiores a ese tope.

“ Así las cosas, le asiste razón al impugnante en la crítica que hace al fallo de segundo grado, y en consecuencia el cargo prospera.

“ Como consideraciones de instancia precisa la Corte que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, concretamente la historia laboral del demandante en el I.S.S. (fls. 74 a 79), y las resoluciones mediante las cuales se le negó el reconocimiento pensional por parte de la entidad demandada (fls. 3 y 4, y 11 a 14), el actor cotizó al seguro social durante todo el tiempo de la afiliación 517 semanas de las cuales durante os 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, con lo cual resulta evidente que no cumple con los requisitos exigidos por sus reglamentos para hacerse acreedor a la prestación por vejez que reclama, a cargo del instituto demandado.

“ El actor como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional que impetra, debe ser analizado a la luz del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en el artículo 12 señala como requisitos para la pensión de vejez, los siguientes :

“ ART. 12.- Requisitos de la pensión por vejez.

“ (...)

“ a) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si es mujer, y

“ b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo ”.

“ Por lo demás, para completar el número mínimo de cotizaciones exigido para la pensión de vejez en el citado Acuerdo 049 de 1990, no es procedente acudir a la acumulación de aportes en las distintas entidades de previsión social con los del ISS prevista en el artículo 70 de la Ley 71 de 1988, porque ella está permitida en los precisos términos de la norma, es decir, para efectos de la pensión de jubilación especial allí prevista, de los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, en una o varias de las entidades de previsión de los distintos órdenes del Estado y en el Instituto de Seguros Sociales.

“ De conformidad con los elementos demostrativos ya señalados, el demandante aportó al seguro social 3.619 días, y a la Caja de Previsión Departamental 806 días como consta al folio 127 del cuaderno original, para un total de 4.425 días que equivalen a 12.29 años.

“ Bastan estos razonamientos para que la Corte actuando como tribunal de instancia, proceda a confirmar el fallo absolutorio del juzgado ”.

Pues bien, como hay tiempo público y privado, se advierte que en Colombia fue a través de la ley 71 de 1988, que por primera vez se habló de una pensión de jubilación por aportes, permitiendo a los empleados oficiales y trabajadores que acreditaran 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, alcanzar el derecho a tal prestación previo cumplimiento de la edad establecida, 60 años de edad si era hombre y 55 años si era mujer.

En efecto, la Ley 71 de 1998, en su artículo 7° dispuso: “A partir de la vigencia de le ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las

que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el ISS, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumpla 60 años los hombres y 55 años las mujeres.

Por su parte, el Decreto 2709 de 1994, en su art. 1º, dispone:

“La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir los 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o mas de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”
(Negrilla y subraya para resaltar)

En los términos estipulados en el artículo 4º del mencionado Decreto 2709 de 1994 "Para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales"

Y su Artículo 5: TIEMPO DE SERVICIO NO COMPUTABLE: “No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas NO AFILIADAS AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los ordenes cuyos empleados no aporten al Sistema de Seguridad Social que los protege.”

De conformidad con las normas antes transcritas, tenemos que el requisito fundamental para tener derecho a la pensión reclamada es que se “acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces y al Instituto de Seguros Sociales”. Y, que al tratarse de una pensión por aportes, los períodos por los cuales no se aportó al sistema de seguridad social no pueden ser computados. La edad aparece acreditada.

El tiempo total sumado es de:

Empleador	Semanas
Secretaria de Educación Departamental (Cajanal - Buen futuro)	520,28
I.S.S.	617,27
TOTAL	1.137,55

No obstante, el tiempo de servicio prestado como celador a la Secretaria de Educación Departamental y realizados a Cajanal (Buen Futuro), no es dable tener en cuenta para efectos de esta prestación, como quiera que no se trata de tiempo en aportes -sino en servicio- a caja de previsión, ISS u otra caja; de manera que el de tenerse en cuenta, tal como se especificó anteriormente, es el aportado al ISS con los diferentes empleadores que

corresponde a 617.27 semanas, resultando insuficiente para otorgar la pensión de jubilación por aportes.

Contrario sensu la Ley 100 de 1993, accedió a computar los aportes efectuados al Instituto de los Seguros Sociales, a los diferentes fondos privados, el tiempo de servicio como empleados públicos, etc. (art. 33), para la conformación de la densidad de semanas exigidas en dicho régimen, la cual establece:

“Artículo 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.”

A diferencia de la Ley 71 de 1988, la Ley 100 de 1993, si tiene en cuenta el tiempo laborado en el sector público como se acaba de leer, no necesariamente aportado como sí disponía la otra disposición, pudiéndose computar todo el tiempo:

Empleador	Semanas
Secretaria de Educación Departamental (Cajanal - Buen futuro)	520,28
I.S.S.	617,27
TOTAL	1.137,55

Así las cosas, se hace evidente que el demandante alcanza el número de semanas exigido para tener derecho a la pensión que reclama, esto es, acredita las 1.000 semanas que pide el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, a fin de obtener el ingreso base de liquidación es menester remitirnos al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que a su tener dice:

“Artículo 21 Ley 100 de 1993. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor y tal como se indica en la citada norma, y al haber cotizado el actor más de 1.000 semanas, le corresponde la primera de las situaciones, es decir, el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores a su última cotización, puesto que la opción definida en su último inciso, no le resulta viable al no contar con las semanas allí indicadas.

Luego, como la última semana cotizada por el actor se efectuó en la data 31 de enero de 2002,⁹ debemos contabilizar 10 años cotizados hacia atrás, con la debida indexación y una tasa de remplazo del 69% por haber sufragado 1.137 semanas, tal como lo consagra el artículo 34 de la ley 100, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, cuyo cálculo arrojó un IBL de \$248.213, por el 69% de tasa de remplazo, para un total de \$171.267 de mesada pensional, monto que es inferior al salario mínimo legal vigente de la época, por lo tanto, el instituto demandado está obligado a reconocer la pensión por vejez al actor, a partir del 1 de febrero de 2002, en cuantía de \$309.000 mensuales, igual al salario mínimo legal de la época, bajo el entendido que no puede reconocerse pensión de vejez en cuantía inferior al salario mínimo legal, más los aumentos legales y las mesadas adicionales a que haya lugar.

Acontece, empero, que el demandado al descorrer el traslado de la demanda propuso la excepción de prescripción, siendo aplicables las normas de los artículos 488 del C.S. del T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., criterio que se encuentra acorde con la posición fijada por la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en sentencias 35.506 de marzo 10 de 2009, 25 de julio de 2002, Rad. No. 17771, 5 de noviembre de 2008, Rad. No. 32.749.

Como es sabido, en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social donde su pago es periódico, lo que prescribe son las mesadas dejadas de cobrar en el término de tres años, más no el derecho. Así las cosas, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión de vejez nació el 24 de diciembre de 2001, fecha del cumplimiento de los 60 años de edad del actor y la fecha de la resolución mediante la cual la entidad demandada resolvió un recurso de reposición fue el 25 de junio de 2010 y, haciéndose evidente que han transcurrido más de los 3 años entre una fecha y otra, encontrándose afectadas con prescripción las mesadas con anterioridad al 25 de junio de 2007, por ello, según las operaciones aritméticas

⁹ Fl. 27

establecidas por la Sala, el retroactivo generado a pagar desde el 26 de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2012, sería de \$ 33.944.300,00, empero, se ordenará deducir de dicho monto la suma cancelada al actor por concepto de indemnización sustitutiva, a fin de evitar un enriquecimiento torticero, en tal virtud, se estima desacertada la decisión del juez a-quo al desatar el fondo de la litis y, como corolario, se impone la revocatoria de la sentencia materia de la presente apelación.

(...)

Adentrándonos al caso que nos ocupa la atención, se evidencia en autos que el actor no acreditó la fecha en que fue presentada la solicitud de pensión de vejez para efectos de determinar la calenda en que se originan los intereses moratorios reclamados.

No obstante lo anterior, al examinar el plenario se observa que con el líbello introductorio se allegó como prueba documental la resolución No. 0009804 del 20 de junio 25 de 2010 (fls. 8 a 9), mediante la cual confirmó la resolución No. 0776 de febrero 26 de 2003, que había negado la pensión de vejez y el susodicho acto administrativo inicial en su parte pertinente dice:

“Que mediante Resolución No. 0776 de 26 de febrero de 2003, el Instituto de Seguros Sociales ISS Seccional Atlántico negó pensión por vejez y concedió Indemnización Sustitutiva al señor FRANCISCO JOSE MALDONADO GUTIERREZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 7.409.983, en cuantía única de \$1.123.730.00 la liquidación se basó en 370 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de \$285.796.00, con fundamento en el artículo 37 de la ley 100 de 1.993.”

En efecto, al examinar minuciosamente los segmentos transcritos, es de inferir que el actor para el año 2003, había solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo, el instituto demandado en dos ocasiones negó la prestación social solicitada y solo esta Sala procede a su reconocimiento a partir del 26 de junio de 2007, toda vez que las causadas con anterioridad a esta data se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, este elemento de juicio nos sirve para dar por establecido que en ese instante que se realizó este reconocimiento se había agotado en exceso un lapso superior a los 4 meses exigidos para tener como punto de partida la exigibilidad, de tal suerte que se accederá al reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir de la data 26 de junio de 2007. En consecuencia, se estima desacertada la decisión de la juez a- quo al desatar este punto de la litis, imponiéndose la revocatoria de la sentencia apelada.

No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar por alto el inciso 4° del artículo 35° del D. 2012 del 28 de Septiembre de 2012, el cual indica en su parte pertinente: **“Las sentencias judiciales que afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte, o relacionadas con la función de administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida serán cumplidas por COLPENSIONES¹⁰.”** De lo anterior se refluye que las condenas impuestas serán cumplidas por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, a quien en la debida oportunidad se puso en conocimiento de la existencia del proceso de la referencia.”

FUENTE NORMATIVA: C.S.J. Sala Laboral, Sentencia radicación 23.611 de noviembre 4 de 2004, M. P. Doctor Gustavo José Gnecco Mendoza y la sentencia radicación 25.401 de mayo 17 de 2005, M.P. Doctor Eduardo López Villegas, Art. 7° Ley 71 de 1988, Decreto 2709 de 1994, Art. 1°, 4° y 5°, Art. 21 y 33 Ley 100 de 1993.

DEMANDANTE: José Francisco Maldonado Gutierrez

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales – Hoy en Liquidación

FECHA: Enero 30 de 2013

RADICACIÓN: 47.805 (A)

DECISIÓN: Revoca Decisión de primera instancia. Condena al pago de la pensión de vejez e intereses moratorios. Declara parcialmente probada la excepción de prescripción

3. SALA PENAL

NULIDAD PROCESAL-Improcedencia/Teoría del caso defendida por la Fiscalía/**JUICIO ORAL**-Principio de concentración/**PRINCIPIO DE TRANSCENDENCIA**-Como pilar para decretar nulidades procesales/**RETRACTACIÓN DEL TESTIGO**-Alcance/Cambio de juez/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**-Posición Sala Penal del Tribunal

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, la Fiscalía solicita la nulidad de las actuaciones judiciales que se han surtido desde el momento de la exposición de la teoría del caso, por cuanto, considera que se han vulnerado los principios de inmediación y concentración por los constantes cambios de operadores judiciales durante el juicio oral

Extractos: “Ahora bien, nota este Cuerpo Colegiado que de lo que se duele el impugnante no es sólo de la circunstancia que quien funge como titular del Juzgado de Conocimiento no haya sido la misma persona que recepcionó los testimonios, sino del hecho que hay una retractación, puesto que de ello emana que la Teoría del Caso quedé sin sustento, según comentó el Fiscal, no obstante al revisar los audios, se percata esta Corporación que se trata de la que hizo el señor Ángel Pérez Peterson, declarante éste que aseguró que no sabe leer, que si bien es cierto firmó la entrevista donde se indica al aquí procesado de ser el responsable del atentado que sufrió la víctima, lo hizo en razón que la familia de ésta lo obligó, pero lo que no advirtió el representante del ente acusador, es que la Juez que presidió tal declaración, dejó dos constancias sobre ésta, la primera que la persona se encontraba en estado de alicoramiento y ello lo aceptó el deponente, quien justificó tal situación en el hecho que su menor hijo estaba de cumpleaños y en consecuencia ingirió cinco (05) tragos de ron, a quien al seguirse indagando sobre su estado, dio a conocer que no recordaba que día era y que inclusive estaba amanecido; la segunda constancia que dejó la falladora fue que con ocasión de la premencionada situación, el testimonio de éste no tendría validez y debía ser citado en próxima oportunidad, determinación ésta de la que se le corrió traslado a las partes y ninguna tuvo objeción al respecto.

Luego entonces, no es certero el fundamento que expuso el Fiscal, en punto de su apreciación sobre la conculcación de los principios de inmediación y concentración, máxime cuando si de lo que se trata es de determinar que quien se retractó, lo hizo basado en amenazas, o constatar la actitud psicofísica de éste, ello lo puede hacer el titular del despacho de conocimiento, habida cuenta que está pendiente la citación nuevamente de este testigo, sobre lo cual la Sala llama la atención al a-quo para que proceda a ello, esto es, que le dé el impulso procesal que requiere la causa, así como celeridad a la misma.

En consecuencia con lo precedente y amén de lo dijo el Juez de Primera Instancia, no se vislumbra cuál es la trascendencia que no haya sido él quien haya recepcionado los testimonios, de los que se duele el impugnante, sobre lo cual la sola enunciación de éste no es suficiente, menos cuando el mismo apelante trajo a colación un ejemplo del que extrajo que aun mediando retractación hubo condena para el implicado, que es lo que a todas luces pretende el representante del ente acusador, ello en el evento que se le hubiese dado validez a tal acto, pero como lo hemos establecido anteriormente, ello no fue así.

(...)

Acorde con lo anterior, mal podría hablar este Colectivo Judicial de la existencia de un vicio al interior del proceso, como lo dijo el Fiscal, puesto que siendo necesario acreditar no sólo su naturaleza sustancial como ha dicho la Alta Corporación y el a-quo, sino también cómo, y de qué forma materialmente ello afectó las garantías que deben regir el proceso, y tal exigencia no se cumplió, habida cuenta que no desarrolló nada con relación a la trascendencia de lo acontecido, aunado a que no hay soporte argumentativo suficiente, no hay específica determinación de las consecuencias que ello generó, no es de recibo para esta Corporación que no habiéndose afectado algunas de las garantías de la estructura básica del sistema penal, ni estándose lesionados los derechos de las partes, como tampoco se ha llegado siquiera a anunciar el sentido del fallo, no se puede estimar que hay alguna conculcación de prerrogativa alguna.

Así mismo, no ignora esta Corporación que en efecto ya se han recepcionado otros testimonios, distinto al invalidado, los cuales tampoco dan al traste con los principios que vienen en mención, toda vez que los mismos están consignadas en discos compactos, a los cuales puede recurrir el a-quo en punto de conocer que dijeron esos testigos, máxime cuando éstos fungen como medios idóneos para reproducir lo actuado y así está dicho en los artículos 9 y 146 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, los cuales a saber dicen:

“La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”.

“Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado...”

Amén de lo precedente, es diáfano que el Juzgador de Primera Instancia cuenta con la forma de conocer lo que expusieron esos testigos que declararon ante la presencia de los Funcionarios Judiciales que antes ocupaban la dignidad que ahora él ostenta, así que pese a que no estamos desconociendo la primacía del principio de inmediación de la prueba, ni la del principio de concentración, también lo es que al contar con los discos que contienen los audios y demás documentos como actas suscritas que informan las diligencias, y en los cuales se encuentran los testimonios, bastaría con escucharlos en forma acuciosa para retomar el hilo de la actuación.

Más aún, cierto es y lo dijo el a-quo, complicado ha resultado la comparecencia de los testigos, como para que nuevamente éstos sean requeridos, ello, por supuesto, no será igual en todos los casos, pero en este en particular, la dinámica del mismo ha estado frenado por un motivo u otro, de ahí la demora en él, luego entonces, repetir lo actuado por

repetirlo, desprestigia, atrasa y expone nuestra justicia, y dicho sea de paso, ello alejaría la verdad de lo aquí ocurrido, lo cual inferimos no sería del agrado del apelante, ya que dentro del ámbito de sus funciones, está justamente lo contrario, esto es, la búsqueda de lo que realmente ocurrió.

Ahora, sin dubitación alguna, jamás será lo mismo una grabación que percibir de manera directa las gesticulaciones y observar de viva voz a un testigo, teniendo en cuenta sus actitudes frente a los hechos que relata, sin embargo también lo que es, que eso no implica *per se* imposibilidad de una valoración acertada de un testimonio, puesto que de los audios se podrá percibir fluctuaciones de la voz, titubeos o algunas otras sensaciones en lo que se va a decir, o cualquier otro tópico para esclarecerse lo que se pretende, pues son grabaciones de alta fidelidad que recogen la mayor parte de las impresiones y manifestaciones expresadas por los testigos.

Vale la pena recordar el legislador en la norma antes aludida, esto es, el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, no imparte la nulidad de lo actuado “cuando hay cambio de Juez”, y no se puede apreciar lo recaudado, sino la repetición del acto. Debemos entender la repetición de pruebas o declaraciones que el Censor no pudo apreciar directamente, en forma ***inmediada***. Empero la retractación no impone *per se* dar por cierto el contenido de la misma, situación ésta que en anterior oportunidad ya estudió este mismo Tribunal en la sentencia adiada dos (02) de Septiembre de dos mil ocho (2008), bajo la radicación CUI: 08-001-60-01055-2008-80008-0, y con referencia interna 2008-480-P-CR, confirmada por la Corte como bien lo anotó el Fiscal impugnante en sentencia mencionada con relación a un procesado de apellido “Palomeque”, se dijo que: “En lo que respecta al tema de la retractación se refiere también a jurisprudencia de la Corte, la cual reiterativamente se ha pronunciado sobre este tema, aduciendo que en esta materia como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuales de las distintas y opuestas versiones el testigo dijo la verdad, pues quien se retracta de su dicho ha de tener motivo para hacerlo, y que ésta solo debe admitirse después de una manifestación espontánea y sincera de quien ha de hacerlo y siempre que la nueva exposición sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso”.

(...)

Entonces, aquí lo aconsejable por las circunstancias del presunto alicoramiento del señor Ángel Pérez Peterson, el día treinta (30) de Mayo de 2011, en que compareció en ese estado inapropiado, es que repita ese acto judicial, para que el declarante en su sano juicio declare lo que a bien tenga o le conste sobre los hechos materia del debate jurídico; pero que además los sujetos procesales puedan interrogarlo, según su orden, quien pidió la diligencia y demás, y a partir de allí el Juez pueda hacer la valoración completa de lo todo lo dicho por el testigo y calificar si ofrece credibilidad o no y por qué?. Y que no se diga que es una prueba ordenada de oficio, pues cuando una diligencia judicial no puede llevarse a cabo, lo más lógico y elemental es repetirla, en punto de corregir los actos irregulares, no sancionables con nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10, inciso 5° del Código de Procedimiento Penal, el cual textualmente dice:

“...El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con

nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.”

En efecto, se dispondrá la repetición del testigo que viene en mención.

Más aún, esta misma Corporación, en decisiones anteriores, bajo los radicados 2012-0114-P-CR y 2012-00151-P-CR, dispuso seguir con el curso de la actuación en la etapa avanzada del juicio en que asumió la dirección del proceso el “nuevo Juez”, y en esos casos se suscitaban eventos similares al que hoy nos ocupa, luego entonces está más que soportada la decisión en el caso de la referencia, en el sentido, que la Ley no ordena la nulidad en estos eventos, y justamente en esa misma línea se han producido los pronunciamientos de esta Sala.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 9, 146 y 454 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Sala Penal Tribunal Superior de Barranquilla: Sentencia dos (02) de Septiembre de dos mil ocho (2008), referencia interna 2008-480-P-CR, y Rad: 2012-0114-P-CR y 2012-00151-P-CR.

FECHA: 25 de febrero de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2010-01203-01/ **2013-00006-P-CR**

DECISIÓN: Confirmar proveído de primera instancia.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Interpretación/Procedencia/**PRUEBA TESTIMONIAL**-
Validez probatoria/No retractación/**PRUEBA DE REFERENCIA**-
Inadmisibilidad/**MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA**- Fue demostrada en el plenario

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, el condenado solicita al Tribunal se revoque la sentencia en su contra en aplicación del principio in dubio pro reo, pues considera que la prueba testimonial arriba no tiene la entidad suficiente para cimentar tal decisión.

Extractos: “Así las cosas, habiendo revisado los términos en los que el impugnante sustentó su apelación, notamos que éste centra su ataque en que la condena que pesa sobre su poderdante fue cimentada sobre las deposiciones de un testigo, del que se duele, puesto que sus declaraciones en la entrevista como en la declaración jurada, en su sentir distan de manera significativa, haciendo alusión al señor Rubén Olivares Pacheco, así como que habiendo el Censor señalado que en la vista pública estaba intranquilo y nervioso, no dejó registro alguna sobre ello, sumado a que no se probó el móvil del homicidio.

Con respecto al precitado testigo, tenemos que mal podría hablarse de una retractación, como equívocamente lo pretende hacer el apelante, en punto de que eso conduzca a la duda, y que ésta se resuelva a favor de su apadrinado, y de esta forma darle aplicabilidad al principio ya mencionado.

La anterior afirmación se funda en que al escuchar los audios, encontramos que si bien es cierto que el declarante dijo que no podía señalar al procesado de ser el responsable de la muerte de la víctima, en tanto que aseguró que no lo vio, y que fue Deiver alias “galleta”, quien hizo todo, no se puede pasar por alto que previo a su asistencia al juicio oral, aquél suscribió una entrevista y una declaración jurada que en la vista pública reconoció como suyas, que muy a pesar que no sabe leer, ni escribir, tal y como lo aseguró, éste no dudó

por un sólo espacio de tiempo en señalar como tuyas las firmas contenidas en los premencionados documentos, luego entonces, aún pese a la falta de sindicación directa, ello no constituye de ninguna manera reforma de lo dicho con antelación, sino que acertadamente como lo infirió el a-quo, se trató de una forma de exculpación del encausado en el hecho delictivo.

Más aún, a juicio de esta Corporación, esa no sindicación, obedeció al interés de apoyar la estrategia de la defensa, puesto que el apoderado del procesado, lo único que trató en el desarrollo de la vista pública fue intentar sacar de la carpeta o mejor aún, no permitir que los elementos materiales probatorios que vienen en mención fueran incorporados al juicio, y si no de qué otra forma se explica el hecho que ahora se duela de las afirmaciones del declarante, pero cuando tuvo la oportunidad no impugnó la credibilidad del mismo, ello sin duda alguna, obedece a que el premencionado declarante pasó de ser testigo clave en esta actuación, a ser integrante de la defensa.

Además, es evidente que el togado de la defensa, en punto de desvanecer al testigo de cargo, quiso que esta Instancia se le restara todo el valor que el a-quo le atribuyó, con el fin de eliminar un elemento contundente suficiente para condenar, que dicho sea de paso, entre los cuales se vislumbran una declaración jurada y una entrevista rendida por aquél, siendo ésta última la que permitió obtener la información relativa al encartado y su consecuente judicialización, luego entonces es indubitable el valor de éstos al interior de la presente causa.

La precedente inferencia, cuenta además con un soporte adicional, y es que el testigo en mención, en su relato inicial en el juicio oral, no dijo nada sobre la amenaza que en su momento le hicieron tanto el procesado, como un tío de éste, y sólo se supo de ello cuando la representante de la fiscalía leyó la entrevista, y la declaración jurada, que además vigiló la lectura la representante del Ministerio público, y sólo después de esto, aquél contó que el encausado textualmente le manifestó que: “cuidado abría la boca, porque se moría”, y como si ello fuese poco un pariente de éste le advirtió que por su culpa su sobrino estaba preso, que lo “sacara”, ante lo cual, el deponente le hizo saber que “que yo *–refiriéndose a él–* no lo tengo preso, nadie manda a nadie a hacerle un daño a nadie”, manifestación ésta que sin duda alguna es una sindicación, que repetimos, si bien no se precisó o señaló lo que en su oportunidad se dijo en los elementos mencionados, es más que evidente que el aquí enjuiciado atentó contra la vida e integridad del occiso, y para evitar que se descubriera tal acto, intimidó personalmente y además por conducto de un pariente al deponente aludido, y así despojar este proceso del testigo, y sembrar en los operadores judiciales duda de lo acaecido, para recobrar la libertad.

Es así como con base en la inferencia lógica por medio de indicios se logra establecer cómo ocurrieron los hechos, sumado a que no es dable descartar de plano lo consignado en las entrevistas, máxime si habiendo sido éstas instituidas por el Legislador, es indudable la importancia material y procesal de las mismas, en tanto que son medios auxiliares de información, que a su vez son prueba de acreditación, y en el caso en particular es pertinente acudir al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que a la letra dice:

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

... b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar*”

Normativa esta de la resaltamos las palabras “evento similar”, habida consideración que éste puede entenderse a un fenómeno de amenazas, las cuales expuso el declarante en cuestión que sufrió, es por ello, que desde ya, se anticipa la Colegiatura a conceptuar que no tiene éxito el reparo del impugnante acerca del deponente del que se duele, máxime cuando dado el paso del tiempo desde que ocurrió el insuceso, la entrevista y declaración jurada de aquél son piezas claves, pues éstas dan cuenta del primer trabajo de campo que desde los albores de la investigación se realizó.

(...)

Sumado a lo anterior, también debe destacar este Cuerpo Colegiado que el Censor de Primera Instancia armonizó todas las declaraciones, y con base en éstas dijo que el señor Rubén Olivares Pacheco, vio el momento en que ocurrió el asesinato, precisando que le fueron propinadas unas pedradas, esto es, que se comprobó que la víctima fue colocada en situación de indefensión, al ser sorprendido, cuando caminaba a altas horas de la noche, en forma desprevenida por el lugar de los hechos, el cual era un sitio solitario, y que aunado a las versiones de los otros deponente se pudo establecer que en efecto el occiso y el procesado estaban en el mismo lugar, pero no como lo quiso hacer ver el encausado, que estuvo sólo, que no se cruzó con nadie, puesto que es de su mismo dicho del que se desprende que en efecto conocía a los que se encontraban en el estadero denominado “la aplanadora”, máxime cuando ante cualquier interrogante que le planteaba la representante de la fiscalía decía lo mismo, inclusive sin necesidad que ella lo interrogara, él a *mutuo* propio repetía las mismas frases, de las que se denota que su declaración estaba preconcebido.

Ahora bien, sí lo que señaló el procesado fuese cierto, y ya dijimos que no lo es, una cosa es que éste hubiese estado solo en el estadero y/o cantina, y otra absolutamente distinta es donde ocurrieron los hechos, que fue donde apareció el cuerpo sin vida de la víctima, sumado a que el encuentro de los involucrados en el premencionado lugar fue manifestado por los declarantes, quienes incluso hicieron saber que la diferencia de tiempo entre la salida de allí del occiso y de sus agresores fue por espacio de algunos minutos, lo cual confluye perfectamente con lo que el señor Rubén manifestó.

No cabe duda pues que la participación del procesado fue determinante para el resultado final muerte, así como que éste en contubernio con otra persona le dieron golpes letales al occiso, de lo que consta en la necropsia que se le hiciera a aquél, en consecuencia, es más que diáfano que están recaudados los requisitos mínimos que conducen a la condena.

Todo lo hasta aquí dicho, deja dos situaciones en absoluta claridad, una que el procesado si contribuyó en el insuceso que nos ocupa, y dos que no hay duda en ello, de lo cual se desprende que las afirmaciones del recurrente no logran persuadir en modo alguno a esta Colegiatura, sobre todo en lo relacionado con la no veracidad del testigo que viene siendo aludido, y que ello podría, como equívocamente lo aseguró el apelante conducir a la absolucón del encausado por aplicación del principio del *In Dubio Pro Reo*.

Ahora bien, con relación a las dudas que podrían saltar en este caso, tenemos que la única que se asoma y eso de forma leve, es la que tiene que ver con el móvil del homicidio, puesto que al parecer lo que originó la agresión a la víctima fue un baile de champeta, sobre lo que

el procesado pretendió dejar claridad que a él no le gustaba esa clase de música, pero que estando en el estadero le tocaba escuchar de todo tipo.

Sobre lo anterior, debe precisar esta Sala que tal y como lo señaló el a-quo el móvil pese a no estar probado, ello no es obligación demostrarlo para endilgarle responsabilidad penal al encartado, apreciación esta que es veraz, máxime cuando no existe una asociación directa en la necesidad del probar el móvil para atribuir condena, aunado a que de ninguna manera la presunción de inocencia debe estar hilada con éste, puesto que aquella se compone de los hechos y la ausencia de participación del procesado en el evento que se le acusa, situación que no se adecua al caso concreto, habida cuenta que de conformidad con lo expuesto por el Censor que nos antecede la teoría del dominio del hecho estaba en manos del enjuiciado.

Más aún, tener que acreditar el móvil, como erróneamente lo dijo el apelante, sería lo mismo que tener que dejar en libertad a un sin número de condenados, ya que para ello habría que adentrarse en algo íntimo de cada procesado, lo cual es a todas luces ilógico, puesto que salvo de inferencias por manifestaciones externas y reconocimiento de viva voz de los acusados, no habría otra forma de descubrirlo, o tal vez, con la recolección de elementos muy concretos en la zona del insuceso, o en lugares donde pernocte el procesado, lo cual sería un desgaste para la policía judicial.

En consecuencia, habría si se quiere pensar, duda sobre el móvil del ilícito, pero no de la responsabilidad del procesado en la muerte de la víctima, toda vez que pese a que el testigo de cargo pretendió exculparlo en la vista pública, no se puede desechar como hemos venido diciendo que sobre aquél recayeron amenazas, comportamiento detrás del que se escudó la defensa para pedir la absolucón en esta sede, máxime cuando no hay ausencia de pruebas, sino por el contrario existencia de éstas. Es más, se duele el apelante que no se dejó registro de nerviosismo o intranquilidad en el declarante, lo cual aun cuando fuese cierto, es dable manifestar que al escuchar los audios se evidencia esta situación, así como un titubeo constante de la parte final de su testimonio, cuando justamente está relatando lo de las amenazas que sufrió, lo cual no se avizora en el inicio de su declaración, cuando dijo que el enjuiciado nada había hecho.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 438 de la Ley 906 de 2004, Art. 29 Constitucional.

FECHA: 25 de febrero de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2010-01203-01/ **2013-00006-P-CR**

DECISIÓN: Confirma proveído de primera instancia

INFORMES DE POLICIA JUDICIAL-Valoración probatoria/LIBERTAD PROBATORIA-Se permite todos los medios de prueba admisibles por el legislador para esclarecer los hechos/**TESTIGO UNICO-Válido para demostración de la responsabilidad penal/DEBERES DEL JUEZ-**Estudio en conjunto del acervo probatorio/**RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO-**Constituye una ampliación de la prueba testimonial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso presentan recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia la parte civil y el representante de la Fiscalía, quienes coinciden al señalar que el A-quo no hizo una correcta valoración del material probatorio obrante en el proceso, lo que dio al traste con una sentencia absolutoria.

Extractos: “Si bien es cierto que tanto la impugnación de la parte civil ora de la Fiscalía, no contienen unos amplios y coherentes argumentos en contra del fallo absolutorio, en lo esencial muestran el equívoco del Juez, en cuanto aplica éste dentro de los criterios valorativos de las pruebas recaudadas, unos insulares conceptos sobre el informe policial, los testigos de referencia y el testigo único o el testimonio de la víctima, cuando contrario a ello el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, demarca el camino para establecer la existencia de los hechos y la responsabilidad penal derivada de éstos con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales, cometido que también puede hacerse a la luz de una evaluación probatoria en conjunto tal como lo exige el artículo 237 ibídem.

Nadie discute que según el artículo 314 del anterior Código de Procedimiento Penal, los informes de policía judicial constituyen unos meros criterios orientadores de la investigación; es decir que a partir de la incursión de éstos en la investigación penal, el delegado fiscal, puede manejar las diferentes hipótesis representativas en éstos sobre las formas o modalidades en que ocurrieron los hechos, su calificación jurídica y la dirección probatoria de los probables autores o autor de las conductas o conductas punibles objeto de investigación.

No obstante, si el miembro de la policía judicial, que suscribe el informe rinde testimonio, ante el delegado fiscal, este medio de prueba es legal y como tal debe ser valorado de conformidad con los principios contenidos en el artículo 277 ejusdem, en el entendido que por razón de este testimonio el operador judicial, puede sustraer datos o informaciones valiosas, que pueden ser convalidadas o confirmadas por otros medios de prueba regular, legal y oportunamente allegados a la investigación, constituyendo per se una verdadera unión informativa con otras pruebas que perfectamente pueden permitir la emisión de un fallo de condena.

Se afirma así porque ni siquiera se valoró en el fallo absolutorio atacado el testimonio de Omar Ricardo Rivera Jara, S.I. miembro de la policía judicial, quien el día de los hechos fue la persona que le recibió la denuncia al señor Jorge Daza Pérez, quien tiene la calidad de víctima dentro de este proceso penal, testimonio que puede auscultarse en los folios 133 al 144, del C.O. N° 1, elucubrando el juzgado tal como se afirmó ut supra en forma soslayada o parcelada frente a la realidad probatoria, obsérvese sus marcadas conclusiones para absolver a los acusados:

“En lo que respecta al reconocimiento fotográfico, denota el despacho que si bien es un elemento material que tiene relación directa con el acusado y los hechos materia de investigación, siendo un método de investigación criminal que sirve para orientar las actividades investigativas, por sí solo, en modo, alguno dota de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima, señor Jorge Daza Pérez, y mucho menos puede constituir un medio válido para desvirtuar el derecho de presunción de inocencia, que este operador judicial no pude (SIC) desconocer más cuando la Fiscalía en su paupérrima teoría del cas llevo a juicio a un individuo sin soporte probatorio que generará en el juzgador la convicción, de cómo a partir de una situación de absoluta incertidumbre sobre los coautores del secuestro, el hurto y lesiones personales que se investigan, llegó a establecer la identidad del acusado, señor Javier Murcia Sánchez.

Llegado este punto, cabe retirar (SIC) que los informes de policías suscritos por el subteniente Ricardo Rivera Jara, a pesar de sostener una supuesta confesión del acusado, no constituyen prueba en contra del mismo, dado que según la jurisprudencia y la doctrina, los informes no son medios idóneos para fundar una prueba, con lo que se quiere evitar que las conjeturas o apreciaciones de los funcionarios, afecten la real verdad de los hechos, que pueda entorpecer la justicia.

*Del mismo modo, se observa que la versión de los hechos dada por el señor Jorge Daza, es poco probable por no decir inverosímil, pues teniendo la víctima que cuidar a dos menores, ¿Cómo podría tener la claridad mental para planear saltar de un vehículo y la agilidad física para escapársele a tres hombres armados y además llevarse consigo a los niños, sin que los delincuentes le causara lesiones a él o a los menores?*¹¹

Retomando nuestra sindéresis y que proponemos construirla con culto a los principios de la sana crítica, dado el propósito funcional de desentrañar la verdad de lo ocurrido y mostrar que estamos frente a un plexo de delitos de distintos géneros que serán atribuidos a los procesados absueltos en primera instancia. Señalamos como hay que afirmar evidente que dentro de la convivencia ordinaria de un individuo en la sociedad civilizada y democrática, debe éste concebir como de inexcusables obediencias, reglas de conducta generales e impersonales que le permiten el libre ejercicio de sus derechos y a su vez el respeto por el derecho de los demás, lo que traduce en respeto a la moralidad y ética ciudadana, que no permiten atribuir a un miembro de esa misma sociedad de forma gratuita o deleznable conductas altamente graves para el derecho penal, peor aún a personas que ni siquiera se conoce o que no le asiste ningún marcado interés para mancillar sus inalterables derechos fundamentales.

Si el señor Jorge Daza Pérez, en principio relató unos acontecimientos que consideró delictuales y que involucró a siete personas dentro de los sucesivos episodios de los hechos, como son ser abordados por dos motorizados de la policía nacional, posteriormente por tres personas que con arma de fuego se introducen en su automotor y lo despojan del dominio de este, amen que lo amenazan, lo lesionan en su integridad física, no le permiten el libre ejercicio de su libertad como el de su hijo Santiago y de un sobrino igual menor de edad, para seguidamente tratar de pasarlos a otro automotor en donde los esperaban otras dos personas, dentro del camino criminal, lo cual no ocurre porque su rechazo físico y que contribuyó con sus gritos influyeron en la conturbación mental de los protagonistas activos del delito, que vacilantes se estrellan y permiten que las víctimas puedan salir del rodante a ponerse a buen recaudo, son unas especiales narrativas propias de una persona que ha vivido unos hechos nefastos e inmerecidos al ejercicio digno de los derechos atribuidos a un individuo dentro de un Estado Social y Democrático, lo cual le merece toda la credibilidad al Tribunal, aun más el testigo víctima, no por tal condición debe rechazarse in limine tal como lo dice la Corte: (...)

Pero si se castiga la anterior credibilidad por parte del Juez, con el peregrino argumento de que es un testigo único y además que a partir de tal condición probatoria no se puede infligir una condena, ya que este testigo dentro de sus evocaciones no encuentra confirmación en otro medio de prueba, es un argumento peyorativo que hoy dentro de los

¹¹ Folios 106 y 107. Cuaderno Original N° 3.

nuevos rumbos de la persuasión racional, como forma de evaluar las pruebas, no encuentra aval, ya que en nuestro caso existen datos o evidencias que ratifican la posición acriminatoria de la víctima, como es el informe policial marco de esta investigación y el testimonio del miembro de la policía judicial citado con antelación, veamos:

En el oficio 080 del 9 de febrero de 2006, proveniente de la policía nacional, dirección anti secuestro y extorsión, avanzada Gaula Urbano Barranquilla, suscrito por Omar Ricardo Rivera Jara, miembro de la policía judicial, se logra extractar identidad y coherencia con el relato que sobre los hechos hizo una de las víctimas y denunciante Jorge Daza Pérez, tal como se refrescó en segmento anterior y esto porque al grupo Gaula, le correspondió dentro de sus actividades recuperar el vehículo tipo camioneta, marca Mitshubishi, modelo 2006, placas QHF 690, motor 4D56CA3864, el cual fuera encontrado abandonado sobre la carrera 45 con calle 88, hallándose en su interior otros elementos que guardan correspondencia con el dicho del denunciante y que vierte en la denuncia 0003-06, mismo relato que nos hace el testigo Omar Ricardo Rivera Jara, bajo la gravedad de juramento y ante la Fiscal Quinta Especializada que adelantaba la investigación de marras e incluso en este testimonio se revela una confesión extrajudicial, a juicio del declarante que hiciera el otro procesado Luis Fernando Pino Cortés, nada más obsérvese sobre el particular:

“Contesto: El lo dijo en presencia mía, en presencia del señor Mayo (SIC) Ignacio Tejada Comandante del Gaula y del teniente Alexander Velásquez. El dijo que ese día él iba en el carro de él porque dice que tiene un Mazda, llevaba el radio de comunicación de la policía y que la misión de él era tirar radio, o sea dar aviso de lo que estaba pasando y este reportaba por su teléfono celular o por otro teléfono que llevaba a una persona conocida como el Mono, que una vez se enteró que las cosas se habían complicado arranco y alcanzó a llegar a la formación de su trabajo en la SIJIN. Que sostuvo una comunicación posterior con Alias el Mono y le había pasado un Secuestro, el celular de él lo muestra y dentro de la agenda del celular nos muestra flaco o mono o monín no recuerdo muy bien. Preguntado: Diga el declarante si usted sabe o si en las labores investigativas que han realizado ustedes en el Gaula han logrado determinar quien es el cuñado del señor Jorge Daza, y su sobrino, quienes supuestamente y al decir de acuerdo a lo que se plasma en el informe ratificado por usted en este momento, del señor Pino Cortés, los nombres de estos señores. Contesto: El cuñado es Jorge Eliécer Guzmán Bernal hermano de la esposa del señor Daza, y manifestó Pino que tenía orden de capturar, y efectivamente fue capturado, por miembros del DAS por tentativa de homicidio, creo que falsedad, creo que fue así acerca de la falsedad y efectivamente fue así comprobamos que el señor fue capturado uno o dos días que el señor Jorge Daza abandonara el país, el sobrino si se han adelantado unas labores pero ahorita de no recuerdo el nombre pero es un muchacho de 20 años.”¹²

De otra parte no debe olvidarse que el reconocimiento fotográfico es en sí una extensión del testimonio, que tiene sus reguladas formas de recaudo y en donde se garantizan los derechos fundamentales de los probables sujetos pasivos de la acción penal, de ahí que se integre esta diligencia al testimonio conformando una unidad de datos que deben criticarse de acuerdo con la experiencia y la lógica tal como lo ordena el artículo 304 de la Ley 600 de

¹² Folio 138. Cuaderno Original 1.

2000, advirtiéndose que en nuestro caso estuvo presente en los sendos reconocimientos fotográficos el Ministerio Público, lo que hace que estos sean regulares, legales y oportunos, colocándolos habilitados para sufrir el rigor suasorio y extraer lo que guarde correspondencia con la realidad de lo acontecido.

Entonces, sí la víctima reconoce a los acusados como dos de los integrantes de las personas que se introdujeron en su automotor y no permitían que saliera de éste en asocio con su hijo y sobrino, se pregunta la Corporación, en qué prueba tanto defensa o juez de instancia se aferraron para debilitar o pulverizar esta directa acriminación que se hace sobre éstos. Pues estimamos que solo se opone al señalamiento criminal, las alegorías de la defensa y la oscura óptica del juzgador que de manera liviana elucubra en pos de mantener la presunción de inocencia, que cualquier desprevenido interviniente en el proceso penal, nos advertiría la profunda fuerza incriminadora, no solo del reconocimiento fotográfico; sino del dicho de la víctima en armonía con el testimonio de aquel policial que de primera mano pudo observar unos plurimos vestigios pos delictuales que se hacen atendible para el derecho penal, como es la interpretación cierta de que aquella persona se encontraba sangrante en su humanidad y con dos menores de edad, nos evidencia de manera objetiva que algo extraño le había ocurrido a Jorge Daza Pérez, quien cuando aborda a la policía judicial, para contar lo sucedido no sabía a quién acuñar responsabilidad penal, circunstancia muy especial que nos desnuda la realidad de lo acontecido y es así que esta realidad la pone también de presente en las diligencias de reconocimiento fotográfico y es allí en donde directamente señala a los dos acusados como unos de los autores de las conductas punibles que nos ocupan, lo cual se constituye en una elemental concepción práctica y veraz, porque si los acusados no fueran integrantes de la empresa criminal, así lo hubiera manifestado la víctima en esa diligencia. (...)

No podemos dejar de lado criticar la hipótesis exculpatoria de los acusados, misma que brota desde sus indagatorias y en las cuales nos muestran ajenidad en los hechos de nuestro resorte, el uno señalando que el día 8 de febrero de 2006, se encontraba entre la ciudad de Villavicencio y Yopal, y el otro en compañía de un amigo con quien había departido licor hasta altas horas de la madrugada, circunstancia que le impidió estar en el lugar de los hechos. Pretenden proba tal aserto con testimonios de familiares y con el amigo de ingesta de licor.

Esta posición, se resiente ante las pruebas de cargo y explicable porque aquellas poseen una fuerza creíble en razón de las especiales circunstancias modales y naturales en que una persona percibe por sus sentidos como se le asesta toda suerte de ataques físicos y morales, que no tenía porque padecer e incluso como se dijo con anterioridad, existen evidencias concomitantes y posteriores a los hechos delictuales que comulgan con la posición de la víctima, al observarse lesión en su cabeza con sangrado, la recuperación momento después de los hechos de su automotor y otros elementos de su propiedad, que hacen inferir la realidad de lo acontecido, mientras que las afirmaciones de relevo de responsabilidad de los procesados, son genéricas y frente a las pruebas de cargo les correspondía acudir a la carga dinámica de la prueba, para sacar enhiesta la hipótesis defensiva, cosa que se queda en el mero intento.

Existen evidencias de las lesiones personales que padeciera Jorge Daza Pérez, el día de los hechos, y lo es el dictamen de Medicina Legal, que obra a folio 10 del Cuaderno Original N° 1, en el cual se le otorga una incapacidad médico legal provisional de 10 días, emergiendo el delito de Lesiones Personales, igual el Hurto Calificado y Agravado, según la calificación

dada por la Fiscalía General de la Nación, asumiendo que la víctima fue despojada de elementos de valor y dinero en efectivo, desposesión que se suscita cuando mediante la violencia pierde el control del automotor y bajo el vehículo intimidante que producen las armas en manos de los actores le quitan dinero y objeto de valor como se dijo. El secuestro es simple y consumado porque según la víctima aparte de las otras conductas punibles, la finalística intención de los reos era la de secuestrar al menor Santiago, propósito que se enerva por la alta participación protectora de su progenitor, quien con gritos y de seguro con actos externos humanos dificultó la labor delincencial, secuestro que se eyecta atendible para el derecho penal cuando los sujetos agentes impiden el libre goce de la libertad de Jorge Daza Pérez, su hijo Santiago y su sobrino, entendiendo que ese fue el anuncio inicial de los procesados, permitiendo que Jorge Daza Pérez, en esos letargos o tiempos nefastos de las acciones desaguizadas, logro captar las características físicas de los extraños y violentos ocupantes del automotor de su propiedad, véase como la Corte, en situaciones similares matiza la existencia del Secuestro: (...)

Como quiera que se observa que de la resolución de acusación y de la intervención del delegado fiscal en la audiencia de juzgamiento, no se percibe claro y específico los cargos de Hurto Calificado y Agravado, que guarda relación con hechos ocurridos el día 22 de noviembre de 2005, en la carrera 56 N° 96-115, en esta ciudad, de donde presuntamente extrajeron los procesados de ese inmueble y habitado por el señor Jorge Pérez Daza, suma de dinero en cuantía de 33 millones de pesos y otros elementos de valor, en razón de que la acusación se refiere exclusivamente al delito de Hurto Calificado y Agravado, ocurrido el 8 de febrero de 2006, diferente al anterior, por el principio de congruencia y probado como está su existencia, será por este Hurto que se condenará a los procesados y ordenará compulsar copias a la Fiscalía, para que se pronuncie sobre el otro Hurto Calificado y Agravado, enrostrado por el denunciante a los acusados.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 237,238, 277,304 y 314 de la Ley 600 de 2000

FECHA: 5 de febrero de 2013

RADICACIÓN: 2011-00541

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Condena a los procesados por los delitos imputados. Compulsa copias a Fiscalía General de la Nación.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Procedencia/VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO-Se produce cuando no existe suficiente acervo probatorio para condena de perjuicios

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CARMIÑA GONZALEZ ORTIZ, Sala Civil-Familia

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora considera que se vulneró su derecho al debido proceso y defensa al ser condenado al pago de unos perjuicios materiales por un accidente de tránsito del cual hizo parte, sin que se encontrare acreditado en plenario de manera objetiva a cuanto ascendía dicha disminución patrimonial.

Extractos: “De los hechos narrados, se evidencia que la inconformidad del Accionante radica en que dentro del proceso Ordinario iniciado por la señora HORTENSIA MÁRQUEZ GALINDO contra la COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA, los Jueces

Accionados incurren en vía de hecho al condenar a la sociedad demandada aquí Accionante al pago por concepto de LUCRO CESANTE, la suma de \$183.865.000, cuando si los mismos hubieran sido probados por el actor o determinados por pruebas oficiosas de dictamen pericial, no podría ir más allá del momento en que se produjo el accidente, 12 de Junio de 2000 hasta el 21 de Septiembre del mismo año, pues el valor de los daños fue pagado por un tercero asegurador, violando de esa manera los artículos 304 y 305 del C. de P.C.-

(...)

En el presente caso, se reúnen los requisitos de procedibilidad a saber:

a.- El tema sujeto a discusión es de relevancia constitucional.-

b.- Se encuentran agotados todos los medios ordinarios.-

c.- Cumple el requisito de la inmediatez.-

d.- La irregularidad procesal tiene un efecto decisivo en la sentencia a revisar y afecta los derechos fundamentales de la actora.-

e.- La parte actora identificó los hechos que generan la vulneración los cuales fueron alegados dentro del proceso.-

f.- No se trata de una sentencia de tutela.-

De la Inspección Judicial realizada al expediente contentivo del proceso a que se contrae esta acción, se observa que la segunda pretensión de la demanda, señala:

“SEGUNDA: Condenar a la COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA “CILEDCO”, a cancelar a mi apadrinada, los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, más el interés estipulado por la Superintendencia Bancaria como corriente, desde que se hizo exigible hasta la fecha de pago de los perjuicios que se declaren en la sentencia.”.-

En el hecho undécimo de la demanda se señaló:

“UNDECIMO: Con la pérdida total del daño (accidente de tránsito del 12 de junio del 2000) del vehículo Daewo, Super taxi de placas UVY-328 de propiedad de mi apadrinada HORTENCIA MÁRQUEZ GALINDO, sus ingresos económicos disminuyeron ostensiblemente, por dejar de percibir las tarifas que le producía el alquiler del mencionado vehículo en los dos (2) turnos (diurno y nocturno), a los señores conductores JOSE DE JESUS XANTANA PEREZ y CAMPO ELIAS DURAN MALDONADO.”.-

De lo anterior se desprende que la demandante solicitó el reconocimiento del lucro cesante, el cual al momento de reconocerse debe estipularse el período durante el cual debe cancelarse.-

Así mismo, del hecho undécimo de la demanda, se desprende claramente que dicho lucro cesante se solicita teniendo en cuenta que el vehículo de propiedad de la demandante era un taxi de servicio público, el cual trabajaba a dos turnos, diurno y nocturno.-

La demandante señala en los hechos séptimo y octavo, que la Aseguradora Solidaria de Colombia le canceló la suma de \$12.180.000 por concepto del 70% por pérdida total del daño del vehículo de placas UVY-328 más los gastos para remolcar con grúa al vehículo en

mención, tal y como se demuestra con la copia del comprobante del cheque, por lo que la sociedad demandada debe cancelar el 30% restante, o sea, \$5.100.000 para completar el 100% de su valor comercial por el cual fue asegurado, es decir, \$17.000.000.-

Cuando se está ante un contrato de seguros, como en el caso presente, debe tenerse claramente definido los conceptos de VALOR ASEGURADO y VALOR ASEGURABLE.-

Por VALOR ASEGURADO ha de entenderse el límite del monto de la obligación a cargo del asegurador y por VALOR ASEGURABLE, es el valor que determina la obligación que corresponde al asegurador al momento de producirse el siniestro, o sea, el valor real que tenga el bien en dicho momento.-

Aplicando lo anterior se tiene que el VALOR ASEGURADO de acuerdo a la póliza anexa del vehículo de propiedad de la demandante era hasta la suma de \$17.000.000, más no se conoce cuál es el valor asegurable, ya que no existe un avalúo que determine cuál era el valor de dicho vehículo para el día en que ocurrió el accidente, 12 de Junio de 2000.-

El Juez Tercero Civil Municipal, en la sentencia de fecha Agosto 10 de 2009, señala:

“En el caso sub-judice se observa que la póliza de seguros No. 0270398, dada por la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDIARIA DE COLOMBIA, que amparaba el vehículo de propiedad de la demandante HORTENCIA MARQUEZ GALINDO de placas UVY-328, si bien es cierto amparaba como valor asegurado por perdida total del vehículo por daños la suma de \$17.000.000.oo, no es menos cierto que dentro de las condiciones de la póliza se expresa con respecto a la cobertura al vehículo al existir perdida total por daños una suma igual o superior al 75% del valor comercial del vehículo, por lo que la entidad aseguradora sólo canceló la suma de \$12.180.000.oo, tal como se desprende en el comprobante de pago del cheque No. 0003762 obrante a folio 27 del expediente, los cuales se discriminaban de la siguiente manera: \$11.900.000 por concepto del valor del vehículo, y la suma de \$280.000.oo por concepto de reconocimiento de gastos generados por el servicio de grúa tal como se registra en la factura No. 0238 de fecha 16 de Junio de 2.000 emanada de AUTO GRUAS LA 17 por la suma de \$130.000.oo y en la factura de venta No. 1326 de fecha 15 de Junio de 2.000 emanada de TALLER AUTOMAR por la suma de \$150.000.oo obrantes a folios 25 y 26, respectivamente.”.-

Como es fácil de observar, el Juez de Primera Instancia, en su sentencia condenatoria, al momento de determinar los perjuicios que debe pagar la parte demandada, lo hace sobre una base completamente errónea, al no hacer la distinción entre VALOR ASEGURADO y VALOR ASEGURABLE.-

En el presente caso, el VALOR ASEGURADO es la suma de \$17.0000.000, debiendo haberse determinado dentro del proceso, cual es el VALOR ASEGURABLE del vehículo, por cuanto la obligación del asegurador, es pagar el valor real de dicho bien asegurado, al momento del siniestro.-

El Juez Accionado, hace una equivocada interpretación de la cláusula 4.2.1 del contrato de seguro, manifestando que como dicha cláusula señala que la cobertura del seguro era sólo hasta el 75% del valor comercial, por ello fue que se le pagó a la demandante ese valor, lo cual no es cierto, ya que dicha cláusula lo que define es que se entiende por PERDIDA TOTAL POR DAÑOS AL VEHÍCULO, y señala que se entiende por tal, aquella cuando el valor de los repuestos, de la mano de obra necesarias para las reparaciones y su impuesto a las ventas equivalga a una suma igual o superior al 75% del valor comercial del vehículo,

con lo que se puede concluir que en este caso, la compañía aseguradora constató que se configuraba la Pérdida Total, muy seguramente por cuanto esos valores eran igual o superior el 75% del avalúo comercial del vehículo.-

Por tanto, para determinarse si efectivamente a la demandante le fueron resarcidos los perjuicios en forma total, de acuerdo a lo cancelado por la Aseguradora, se hace indispensable determinarse el valor comercial del vehículo UVY-328 a fecha 12 de Junio de 2000, sin esa prueba no es posible concretar los perjuicios solicitados por la demandante.-

La Jueza Accionada de Segunda Instancia, al momento de resolver tiene en cuenta la declaración del testigo JOSE DE JESUS SANTANA, el cual manifiesta entre otros hechos que a la demandante solo se le canceló un promedio de un 70% del valor del vehículo, y que considera que no se le ha reparado en su totalidad, o sea, que sigue la misma línea del Juez de Primera Instancia, en el sentido de no hacer distinción entre VALOR ASEGURADO y VALOR ASEGURABLE.-

En cuanto a la liquidación de los perjuicios, el Juez de Primera Instancia lo hace a partir de la fecha del siniestro que fue el 12 de Junio de 2000 y hasta la fecha de su providencia, Agosto 10 de 2009 al considerar que no se le ha resarcido los perjuicios a la demandante.-

La Jueza de Segunda Instancia, al resolver el recurso de apelación, manifiesta que si bien es cierto que la aseguradora canceló un promedio de un 70% del vehículo con ello no se ha reparado integralmente por lo que confirma lo expuesto por el Juez de Primera Instancia y actualiza la condena a la fecha de su providencia, Agosto 16 de 2012.-

Como bien lo señalan las decisiones de instancia, el Lucro Cesante es la pérdida de la ganancia, beneficio o utilidad que sufre el perjudicado con el hecho dañoso, es decir, lo que deja de ingresar a su patrimonio.-

En el caso que se estudia el vehículo de propiedad de la demandante era un taxi de servicio público, el cual lo tenía trabajando en dos turnos, uno diurno y otro nocturno, lo cual le arrojaba unas ganancias.-

Está demostrado dentro del proceso y aceptado por la misma demandante que el 21 de Septiembre de 2000, recibió de parte de la Aseguradora la suma de \$12.180.000, o sea, que había transcurrido desde la fecha del siniestro sólo 3 meses y 9 días, circunstancia totalmente ignorada por los Jueces de Instancia, quienes liquidan los perjuicios hasta el 16 de Agosto de 2012.-

Es de recordar la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia acerca del tiempo razonable para el resarcimiento de los perjuicios, por lo que en este caso, le correspondía a la actora demostrar que con ese dinero recibido le era imposible adquirir un nuevo vehículo de servicio público, para ponerlo a producir, sobre lo cual no existe prueba dentro del proceso, y por ende no tiene respaldo probatorio alguno la liquidación del lucro cesante desde la fecha del siniestro y hasta la fecha de la providencia de segunda instancia.-

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala que los Jueces Accionados han incurrido en una vía de hecho, por defecto fáctico, ya que carecen del apoyo probatorio que les permita establecer los perjuicios a pagar por parte de la sociedad demandada, dentro del proceso a que se contrae esta Acción, por lo que se ha de conceder el amparo solicitado.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 29 Constitucional. Artículos 304 y 305 C.P.C.

FECHA: 24 De Enero De 2013

ACCIONANTE: Cooperativa Industrial Lechera De Colombia “Ciledco”

ACCIONADO: Juez Noveno Civil Del Circuito Y Juez Tercero Civil Municipal Barranquilla

RADICACIÓN: T-2012-00630

DECISIÓN: Tutela Derecho Fundamental. Ordena Al Juez Volver A Tomar Decisión

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA- Contenido Y Alcance/proyección de la buena fe/**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA ESTATAL** -Su Actuación Debe Estar Sometida A Los Principios Rectores De La Administración Pública/**EXPEDICIÓN DE TRAMITES ADMINISTRATIVOS**-Generan En El Estudiantado Expectativas De Satisfacción Por Parte Del Alma Mater/**AUTONOMIA UNIVERSITARIA**-No es absoluta

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER MOLA CAPERA, Sala Penal

Causa fáctica: En el presente caso el tutelante solicita la protección de su derecho fundamental a la educación, el cual considera vulnerado por la actuación omisiva de la institución universitaria, quien por desórdenes administrativos, lo desmatriculó, pero permitió que asistiera a clases, y posteriormente no le fueron validadas las calificaciones obtenidas en su periodo académico, situación que ha perjudicado su vida académica

Extractos: “La Corporación confirmará la sentencia objeto de recurso toda vez que se vislumbra la violación a los derechos fundamentales invocados. En seguida los argumentos:

Primero.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y con sentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Segundo.- En el caso bajo examen, la Judicatura observa que el actor, confiando en la Institución en la cual realiza sus estudios, matriculó las asignaturas correspondientes al periodo académico 2012-1, asistiendo a todas sus clases y cumpliendo con los deberes exigidos en el programa, no obstante, el Departamento de Admisiones y Registro Académico de la Universidad del Atlántico, le desmatriculó las asignaturas ya registradas, bajo el argumento que el estudiante debía las electivas de química forense y técnicas de voz, lo cual sin lugar a dudas refleja una violación al debido proceso, aunado a la vulneración a la confianza legítima, que el estudiante deposito en la entidad.

Lo anterior puesto que al actor le generaron matrícula académica y financiera, y por ende la seguridad de estar incluido en el plan de estudio escogido, dentro del cual debía seguir y aprobar las materias matriculadas, sin embargo, la Universidad desmatriculó las asignaturas que previamente le había dejado matricular, bajo el supuesto que el estudiante no había aprobado las asignaturas mencionadas, empero, si estas no se encontraban registradas, se debió a inconvenientes con el sistema de la entidad, mas no por falta de aprobación, puesto que tal como se desprende de la foliatura, los docentes pasaron las notas a través de los registros físicos reglamentados por la institución.

Tercero.- La accionada se apoya en el principio de la “autonomía universitaria”, consagrado en el artículo 69 de nuestra Carta Política, el que señala que los entes de educación superior tienen la facultad de darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, pero la guardiana de la Constitución ha señalado en reiterada jurisprudencia, que no se trata de un principio absoluto, -como ocurre en términos generales con los demás principios constitucionales-, ya que su eficacia se encuentra sujeta a límites impuestos por el respeto a otros principios constitucionales y por las posibilidades fácticas de realización.

Así mismo, ha manifestado la Corte que:

“Las universidades públicas, como entes autónomos estatales deben garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos; además todas las instituciones que presten el servicio de educación se encuentran obligadas a respetar en sus procedimientos el derecho fundamental al debido proceso, en razón a la situación de inferioridad o subordinación en que se encuentra el estudiante frente al centro educativo. La autonomía universitaria, entonces, no permite a los centros educativos pasar por alto las garantías del debido proceso en su proceder, pues la efectividad de los derechos constitucionales no es una injerencia externa al proceso educativo sino un límite al ejercicio del poder dentro de un estado constitucional de derecho...”¹³

Cuarto.- Así las cosas el Juez Constitucional se debe pronunciar sobre el fondo del asunto, al evidenciarse la relevancia constitucional del tema y la palmaria vulneración de la confianza legítima, tal como lo hizo el juzgador de primera instancia, ya que las actuaciones de la Universidad de permitirle al accionante continuar con sus estudios de derecho a pesar de no tener registradas las notas de dos electivas, generó confianza legítima en su actuar, al punto que Martínez Pardo financió sus estudios y siguió adelante con ellos.

Por lo tanto, si hubo alguna irregularidad en el manejo del registro académico del ahora accionante se debió al mal manejo administrativo de la entidad educativa que en ningún momento debe ser asumida por parte del accionante.

En otras palabras la Universidad del Atlántico, al haberle permitido seguir al actor con sus estudios a pesar de haber incurrido en una situación que le afectaba su matrícula académica, le generó una expectativa que se concretó en el curso, razón por la que no resulta justo dentro de un Estado Democrático sacrificar el sagrado derecho a la educación del accionado.”

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-180A de 2010. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

FUENTE NORMATIVA: artículo 69 constitucional y sentencia corte constitucional t-180^a de 2010

FECHA: 22 de enero de 2013

ACCIONANTE: Rodolfo Martínez Pardo

ACCIONADO: Universidad Del Atlántico

RADICACIÓN: 2012-00312-T-MC

DECISIÓN: Confirma Fallo que ordena Protección Tutelar.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 010 – FEBRERO DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

DIVORCIO-Causales objetivas y subjetivas para su invocación/**CONDENA EN PROCESO DE ALIMENTOS**-No puede desconocerse sin la existencia de otro proceso que persiga su exoneración, disminución o aumento/**CAUSAL OBJETIVA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS**-Implica indagar el grado de culpabilidad del cónyuge que la originó/**CÓNYUGE CULPABLE**-Resulta condenado al pago de alimentos a pesar que la causal mutuamente alegada sea objetiva/ **INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL** - Se forma de la obligatoriedad de la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad. *Pág. 2*

INFORMES DE POLICIA JUDICIAL-Valoración probatoria/**LIBERTAD PROBATORIA**-Se permite todos los medios de prueba admisibles por el legislador para esclarecer los hechos/**TESTIGO UNICO**-Válido para demostración de la responsabilidad penal/**DEBERES DEL JUEZ**-Estudio en conjunto del acervo probatorio/**RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO**-Constituye una ampliación de la prueba testimonial. *Pág. 29*

INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM- En procesos de pertenencia/ **SENTENCIA EN ACCIÓN REIVINDICATORIA**- Favorable a los intereses del tercero/**JUSTO TÍTULO**-Como requisito para obtener la prescripción adquisitiva de dominio/**Características**. *Pág. 4*

NULIDAD PROCESAL-Improcedencia/**Teoría del caso defendida por la Fiscalía**/**JUICIO ORAL**-Principio de concentración/**PRINCIPIO DE TRANSCENDENCIA**-Como pilar para decretar nulidades procesales/**RETRACTACIÓN DEL TESTIGO**-Alcance/Cambio de juez/**REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**-Posición Sala Penal del Tribunal. *Pág. 23*

PENSIÓN DE VEJEZ- Reconocimiento/ **INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA**-Resulta incompatible con la pretensión de pensión de vejez/ **MORA DEL EMPLEADOR**- En los aportes destinados a la cotización pensional/**PENSION POR APORTES**-Procedencia. *Pág. 17*

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA- Contenido Y Alcance/proyección de la buena fe/**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA ESTATAL** -Su Actuación Debe Estar Sometida A Los Principios Rectores De La Administración Pública/**EXPEDICIÓN DE TRAMITES ADMINISTRATIVOS**-Generan En El Estudiantado Expectativas De Satisfacción Por Parte Del Alma Mater/**AUTONOMIA UNIVERSITARIA**-No es absoluta. *Pág. 38*

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Interpretación/Procedencia/**PRUEBA TESTIMONIAL**-Validez probatoria/No retractación/**PRUEBA DE REFERENCIA**-Inadmisibilidad/**MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA**- Fue demostrada en el plenario. *Pág. 26*

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES- Medidas correctivas/
INIMPUTABILIDAD PENAL-Concepto/ **CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-**
Sanciones aplicables/Limites de edad para infractores. **Pág. 8**

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ- Conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993/**INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN-**Forma de calcularlo con base en el I.P.C./Semanas cotizadas por el asegurado/**REGIMEN DE TRANSICIÓN-**Para sus beneficiarios aplica condiciones especiales/Inaplicación art. 21 Ley 100 de 1993. **Pág. 9**

RETROACTIVO PENSIONAL-Le pertenece al empleador jubilante/**COMPARTIBILIDAD PENSIONAL-**Cuando el empleador se subroga en las obligaciones de la entidad aseguradora del riesgo de vejez/Diferencias surgidas entre la pensión de jubilación y la de vejez. **Pág. 12**

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Procedencia/**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO-**Se produce cuando no existe suficiente acervo probatorio para condena de perjuicios. **Pág. 34**