

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 008 – Diciembre 2012

PRESENTACIÓN

Nos complace poner a su disposición la última edición de este año, del boletín jurídico que gratamente hemos decidido construir a partir de nuestro ejercicio diario de la judicatura, con miras a la construcción de un orden jurídico justo y que responda a las necesidades sociales que demanda una pronta solución de los conflictos que en ella se desarrollan.

Hoy queremos agradecer de manera especial a todos los integrantes de esta Corporación, quienes con su dedicación y esmero contribuyen a la construcción de una estructura jurídica sólida sobre la base de los principios y valores constitucionales y legales, constituyéndose en actores importantes en el desarrollo de los precedentes judiciales, que ciertamente son criterios auxiliares de la justicia.

Esperamos continuar con su ayuda, convencidos de la necesidad de incentivar en este Cuerpo Colegiado el interés no sólo por investigar temas novedosos, sino también por ser oferentes de ideas frente los interrogantes que los mismos formulen, reiterándoles a todos ustedes sus fieles lectores que las puertas académicas de esta Corporación siguen abiertas para recepcionar inquietudes y sugerencias que propendan por su mejoría, pues insistimos, el debate jurídico siempre debe ser enriquecido, y estamos llamados a atender ese desafío.

Feliz Navidad para todos y todas y un próspero año 2013.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Presidente Tribunal Superior de Barranquilla



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 008 – Diciembre 2012

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL–Derivada del ejercicio de actividades peligrosas/ **EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE VIGILANCIA PRIVADA**–Su actividad engendra una presunción de culpa reforzada/**USO DE ARMAS DE FUEGO**–Deber objetivo de cuidado en su uso y manipulación/**RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR**– Bajo los presupuestos de la culpa *In Vigilando e In Eligendo*/**CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD**–No fueron demostradas por la entidad demandada

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica. En el presente caso, la parte recurrente (actora) pretende se revoque la decisión del A Quo, por cuanto estima que se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad empresarial como quiera que la esposa del demandante fue muerta por impacto de arma de fuego que le propinara su compañero de trabajo, quienes laboraban al servicio de una empresa de vigilancia privada, considerando que le asiste culpa a ésta por ser la dueña del revólver con que se cegó la vida de su cónyuge, aduciendo la aplicación de la teoría de la responsabilidad in vigilando e in eligendo frente a los empleados de la demandada.

Extractos. “En otros términos que significan lo mismo, aquí el problema jurídico que revela la situación fáctica debe mirarse no sólo desde la perspectiva de la responsabilidad directa de la persona jurídica sino también en el marco de la responsabilidad por actividades peligrosas, como quiera que, y se afirma desde ahora, se trata de un hecho dañoso, la muerte de Claribeth Antonia, que si bien no ocurrió, en rigor, en el ejercicio de las funciones del cargo del supervisor de vigilancia, del señor Ismael Fontalvo, también dependiente de la demandada, es lo cierto que, la muerte de la servidora se produjo con el arma de fuego de propiedad de la empresa, y por lo mismo, aquí se configura para el Tribunal, un notorio uso indebido del arma homicida por cuenta del dependiente, manipulación abusiva del revólver que genera la responsabilidad de la empresa de vigilancia, quien por su objeto social asume los riesgos derivados de esa actividad peligrosa consistente en el uso de armas por sus dependientes.

En efecto, Viginorte LTDA, Sociedad mercantil vigilada por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, tiene como objeto social la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada, fija y móvil para la protección de bienes muebles e inmuebles de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, escoltas a personas y vehículos, recurso canino en la modalidad de rastreo, explosivos, narcóticos, defensa y seguridad controlada, según se desprende del certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, (folios 15 y 16

cuaderno principal), y, por tanto, no cabe duda que ejercita una actividad peligrosa o riesgosa, si en cuenta se tiene que para cumplir su objeto social esta clase de empresas usan armas de fuego o vehículos como medios para la prestación del servicio que ofrecen, según se consagra en el artículo 5 del decreto 356 de 1994, que contiene el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada en Colombia.

Se destaca por el Tribunal, que el citado decreto 356 de 1994, en su artículo 11 establece la obligatoriedad para las empresas prestadoras del servicio de vigilancia, como la demandada, de obtener por su cuenta y para ejercer la actividad, un seguro de responsabilidad civil que cubra los daños que se generen con ocasión del servicio que prestan,¹ en especial, los daños derivados del uso indebido de armas de fuego, hecho relevante que justifica sin hesitación alguna la calificación de actividad peligrosa o riesgosa que supone de suyo la prestación de estos servicios de vigilancia privada, y, que obliga a esta Sala, a mirar el asunto con un matiz marcadamente objetivo de la responsabilidad de la empresa convocada, o, si se prefiere, en términos de la jurisprudencia vigente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, entender en este caso que pesa frente a Viginorte LTDA, una presunción de culpa reforzada², que sólo se enerva mediante la prueba inequívoca de una causa extraña, es decir, la demostración irrefutable de una fuerza mayor, el hecho de un tercero, o, el hecho exclusivo de la víctima.

Puestas así las cosas, esta colegiatura afirma con rotundidad que el haz probatorio que milita en el proceso nada revela sobre la verificación de algún hecho que configure para la demandada una causa extraña liberadora de responsabilidad y que de paso enerve o aniquile la presunción de culpa que gravita en su contra, de tal suerte que, la Sociedad convocada deberá responder patrimonialmente por los daños derivados de la muerte de la señora Claribeth Antonia Bayuelo Varela, causada por el dependiente de la empresa demandada, señor, Ismael Fontalvo Coronado, quien usó indebidamente o abusivamente el arma de fuego que portaba como supervisor de vigilancia de Viginorte LTDA, propietaria del revólver calibre 38 largo serial IM9669M, y de suyo, custodia y guardiana jurídica de ese instrumento peligroso dispuesto para el servicio de vigilancia que ofrece la Sociedad mercantil citada.

Ciertamente, la propiedad del revólver calibre 38 largo, marca llama, serial N° IM9669M, en cabeza de Viginorte LTDA, se demuestra con la documentación que milita en la investigación penal incorporada al proceso como prueba adjunta a la demanda, en particular, los folios 66, 70, 72, 78, 79 y 80 del cuaderno principal, los que dan cuenta de la compra del citado revólver por la demandada, arma que tenía permiso del estado para su uso y/o porte por la misma empresa, quien reclamó su restitución como propietaria al interior de la investigación penal abierta con ocasión de la muerte de los empleados de la Sociedad convocada.

No desconoce el Tribunal, que el supervisor de vigilancia de la empresa demandada quien dio muerte a Claribeth Antonia, conocía la orden prohibitiva de transportar personal ajeno y de la empresa en los vehículos automotores de propiedad de la misma, como se afirma al unísono por los testigos, Rafael de la Rosa Reyes (folio 178 cuaderno principal), Efraín Enrique Morales Ortega (folio 182 cuaderno principal), Durleys Villalba Robles (folio 183 cuaderno

¹ Decreto 356 de 1994, Artículo 11°.- *Licencia de funcionamiento.* La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, podrá expedir licencia de funcionamiento, de carácter nacional, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos por parte del solicitante. ...Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, que cubra los riesgos de uso indebido de armas de fuego u otros elementos de vigilancia y seguridad privada. No inferior a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada...

² La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 26 de agosto de 2010, RAD. 2005- 00611-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, ha establecido que en materia de actividades peligrosas o riesgosas, el autor del daño, quien controla o explota o ejerce la actividad debe, a efectos de liberación de responsabilidad, desvirtuar la presunción de culpa reforzada que opera en su contra, demostrando únicamente la ocurrencia de una causa extraña.

principal), empero, tal hecho en nada controvierte ni desvirtúa el hecho cierto del uso indebido o abusivo que el referido dependiente Fontalvo Coronado, hizo del revólver calibre 38 largo con el que segó la vida de su compañera de trabajo Claribeth Antonia Bayuelo Varela.

No se aprecia en este asunto, con las pruebas incorporadas al plenario, que los hechos y circunstancias que rodean la muerte de la esposa y madre de los demandantes configuren algún motivo que sirva para exculpar o liberar de responsabilidad a la empresa demandada, como quiera que tales hechos, ni por asomo, constituyen fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero, o, el hecho exclusivo imputable a la propia difunta Bayuelo Varela, quien en rigor no expresó ni manifestó su voluntad de terminar con su vida, como equivocadamente se concluyó en la sentencia de primer grado.

En efecto, observa el Tribunal que el documento que obra a folio 106 del cuaderno principal, contentivo de una misiva cuyo tenor literal reza: "pedimos perdón a todo nuestro compañero y familiares. Tomamos esta desición (sic) porque nos amamos mucho y queríamos estar siempre juntos los dos", no tiene o mejor no se conoce en verdad su autor o autores como quiera que el cardumen probatorio nada informa sobre la autoría del mentado documento que hace parte de la investigación penal abierta por la Fiscalía General de la Nación, hallado al parecer en la escena del crimen, y en tales condiciones considera la Sala que no es de recibo inferir del texto citado la expresión libre de voluntad recíproca de Claribeth Antonia Bayuelo Varela y/o de Ismael Fontalvo Coronado de acabar con sus vidas en forma violenta, mas aún si se considera, como debe hacerse, que la pareja de compañeros de labores y al parecer dúo amoroso, minutos antes de la muerte de Claribeth Antonia sostuvieron una acalorada discusión al interior del automotor donde se transportaban; circunstancia fáctica que por lógica y reglas de experiencia descarta la existencia del querer conjunto de terminar con sus vidas en forma trágica.

(...)

Con todo, si aplicamos con rigurosidad el mandato que sobre prueba trasladada contiene el artículo 185 del C. de P. C., podemos concluir que sólo algunas de las probanzas practicadas en la investigación penal adelantada por la Fiscalía tienen valor probatorio frente a la demandada Viginorte Ltda., como que se practicaron con audiencia de la misma parte, o, si se prefiere, como señala la investigación criminal, tal empresa incorporó en esa etapa investigativa los documentos que acreditan la propiedad del automotor ocupado por los dependientes de la empresa de vigilancia y la propiedad del arma de fuego usada por Ismael Fontalvo para dar muerte a su compañera, medios de convicción que sí ofrecen fuerza probatoria al tenor del citado precepto 185 del C. de P. C.; conclusión probatoria que en rigor no podemos predicar de la declaración del agente Oswaldo Enrique Calvo Rodríguez y del documento o misiva que corre a folio 106 del informativo, porque tales medios de convicción fueron practicados sin audiencia de la firma demandada y por iniciativa propia del ente investigador, de tal suerte que, suprimiendo el efecto demostrativo sobre estos dos últimos medios, quedaría la historia procesal sin prueba alguna sobre los motivos o razones que tuvo el señor Ismael Fontalvo para dar muerte a su compañera de trabajo Claribeth Antonia Bayuelo Varela, circunstancia que en nada desdibuja la presunción de culpa reforzada que opera sobre Viginorte Ltda. como responsable civil por el fallecimiento violento de la esposa y madre de los demandantes.

(...)

A esta altura de la argumentación cabe concluir que los medios de convicción que obran en el proceso demuestran de manera incontrovertible que la muerte de la señora Bayuelo Varela cuya autoría material radica en su compañero de labores Ismael Fontalvo Coronado, fue ejecutada merced al uso indebido o ilegítimo del arma de fuego de propiedad de la empresa de vigilancia demandada, Viginorte Limitada, quien por asumir el riesgo de la actividad o servicio que

ejercita debe responder civilmente de los daños que injustificadamente causen sus agentes o dependientes, que en resumen es lo demostrado en este juicio.

(...)

En el caso presente, ha quedado demostrado que la muerte de Claribeth Antonia, por su compañero de labores Ismael Fontalvo fue ocasionada por el uso abusivo o ilegítimo del revólver calibre 38 largo de propiedad de la demandada Viginorte Ltda., sin que conste en el plenario, los controles y procedimientos de la empresa de vigilancia para verificar el estado de salud mental de sus operarios a efectos del manejo prudente y diligente de las armas de fuego proporcionadas por la empresa para la prestación del servicio, estado psíquico del señor Fontalvo Coronado que al parecer no era el más equilibrado, si en cuenta se tiene el hecho trágico que generó su conducta homicida y el propio dato de quitarse su vida.

En resumen, siendo tautológicos, la responsabilidad directa de la persona jurídica convocada, Viginorte Ltda., deviene de la creación de una situación riesgosa y/o peligrosa, como que su actividad demanda el uso de armas de fuego y, por lo mismo, los daños causados en estas circunstancias son imputables al explotador o controlador de la actividad peligrosa que aquí no logró establecer probatoriamente ningún motivo que configure causa extraña, a efectos de excluir su responsabilidad por la muerte de su empleada Claribeth Antonia a manos del señor Fontalvo Coronado, quien usó indebidamente el arma de fuego suministrada por la demandada.

En lo que toca con los perjuicios reclamados por el esposo y los hijos de la difunta, obra en el proceso los registros civiles de defunción, de matrimonio y de nacimiento de los menores demandantes (Folios 10 a 14 del cuaderno principal), razón por la cual es fácil concluir que está probado el hecho de la muerte de Claribeth Antonia Bayuelo Varela, ocurrido el día 11 de julio de 2007, es decir, está demostrado el daño, adicionalmente, se encuentra probado el hecho del matrimonio del demandante William Eusebio Vergara Cardozo con la difunta, y, el parentesco en primer grado de consanguinidad de los menores Jesica Marcela, Sheryl Daniela y William Dariel Vergara Bayuelo, con la señora Claribeth Antonia Bayuelo Varela, circunstancia última que aunada a las reglas de experiencia permiten al Tribunal concluir que en punto del daño moral éste debe ser resarcido cabalmente por la empresa convocada al juicio, pues, sensato es inferir el profundo dolor interior, abatimiento y tristeza que produce la muerte de una mujer que tiene la doble calidad de esposa y madre en sus familiares más cercanos, aquí demandantes.

Ahora bien, es verdad averiguada que los daños inmateriales, entre ellos el moral, no son cuantificables, ni mensurables, y, por tanto, su estimación económica queda bajo la discrecionalidad judicial, también conocida como *arbitrium iudicis*, que no supone la arbitrariedad del operador jurídico en la tasación del perjuicio sino que para estos fines se ponderan entre otros factores, las condiciones de ocurrencia del daño, que en el caso presente, como se sabe, bien puede ser calificada de tragedia la muerte de Claribeth Antonia, con el agregado de quedar huérfanos sus tres hijos, que para la época de la demanda contaban con quince, trece y cinco años de edad, vale decir, las víctimas menores son niños y/o adolescentes que quedan desprotegidos y sin la figura materna tan importante en su proceso vital, razones que sirven de báculo para estimar este rubro de la indemnización en veinte millones de pesos (\$20.000.000) para cada uno de los demandantes, esposo e hijos de la señora Bayuelo Varela.

Y, el daño material, que debe ser indemnizado por la demandada fue cuantificado en el proceso mediante la prueba pericial ofrecida por el auxiliar de la justicia, señor Henry Vélez Ortega (folios 148 a 166 del cuaderno principal), que fuera objeto de aclaración mediante escrito visible a folios 179 a 181 del mismo expediente, medio de convicción que indica que en este campo, sólo resulta indemnizable el lucro cesante consolidado y futuro, derivado de la muerte de la

trabajadora Claribeth Antonia, probanza pericial que se ajusta a las reglas propias del dictamen, es decir, es un estudio técnico con amplios fundamentos contables, financieros, jurisprudenciales que merece ser acogido por la Sala, con el único agregado de que tales valores por lucro cesante deben ser actualizados hasta la época de éste pronunciamiento de segunda instancia, ...”

FUENTE NORMATIVA: Código Civil artículos 2341 a 2360, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación, mayo 20 de 1993. expediente 3573. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, artículo 5 del decreto 356 de 1994, artículo 185 del C. de P. C.

DEMANDANTE: Willian Eusebio Vergara Cardozo y sus menores hijos

DEMANDADO: Viginorte Ltda

FECHA: 15 de noviembre de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-03-004-2008-00147-01/36.501

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Declara civilmente responsable. Condena al pago de perjuicios materiales y morales

ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO- Requisitos/FALSA TRADICIÓN- Aquella que es derivada de quien no tiene un legítimo título traslativo de dominio/**ACTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES BALDÍOS-** Su control jurisdiccional corresponde al juez contencioso administrativo/**RESGUARDO INDIGENA-**Concepto/**INCORA-** No puede ejercer actos de señor y dueño

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa Fáctica. En el presente caso, la parte demandada (Nación) solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia que reconoce la propiedad sobre bienes baldíos a la sociedad demandante, y le ordena pagar un justiprecio por la ocupación de ésta, no obstante, en el devenir procesal esta Corporación advierte que subyace una falsa tradición y por tanto, no había lugar a la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Extractos: “Ahora bien, el título esgrimido por el demandante, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, debe tener existencia precedente a la constitución de la posesión ejercida por el opositor. Es precisamente a través de la existencia de título anterior, que la presunción del artículo 762 del C.C., a favor del poseedor, queda desvirtuada.

Para demostrar su condición de propietaria del bien a reivindicar, allegó la actora:

(...)

Además anexa oficios de entidades públicas que presumen el dominio privado que se tiene sobre el predio, como el Ejército Nacional, el Instituto Nacional de Vías y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

Sea lo primero analizar, antes de estudiar si se encuentra acreditado el requisito del derecho de dominio sobre los inmuebles, lo expresado por la parte actora en el numeral octavo del acápite de los hechos, cuando afirma que el INCORA, al declarar que el predio La Bahía no había salido del patrimonio del Estado “hábilmente incluye el número de matrícula inmobiliaria que corresponde al predio Estrella del Carmen o Bajo de Bula, que nunca, ni por ningún motivo debía figurar en dicha resolución.....coyuntura esta que se aprovechó ilegalmente, mas tarde, para expedir actos administrativos de adjudicación de parcelas que afectaron materialmente el predio Estrella del Carmen o Bajo de Bula.”

Al respecto, la parte demandada asevera que los predios que hoy se pretenden reivindicar por parte de Lamadrid & Cía. Ltda, forman parte del predio rural denominado **La Bahía, que es de naturaleza baldía**, conforme concluyó el proceso de clarificación de tierras realizado, que terminó con la expedición de la **Resolución No. 2689 de junio 3 de 1987**, la que goza de presunción de legalidad, al no haber sido controvertida ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al igual que las **Resoluciones de Adjudicación Nos. 00850, 00857 y 1161 de 1989**. Quiérase con ello decir que la inclusión del folio de matrícula perteneciente al bien Bajo de Bula, en la resolución de declaración de baldíos, conforme aserto del INCORA, no es accidental, pues es el resultado del aludido proceso de clarificación.

Posee en tal razón el demandante, dos títulos **excluyentes**, el primero, la Escritura Pública de **compraventa de derechos de posesión** que hace Pedro Socarrás Rivera a favor de Lamadrid & Cia Ltda. en el año de **1997 y que fue inscrita como falsa tradición**, y la **adjudicación gratuita realizada por el Municipio de Tubará en el año de 1998**.

Empero, para la Sala, no resulta claro quien ostenta la verdadera propiedad del bien, como quiera que ninguno de los dos títulos controvierte la naturaleza de baldío que relieves la parte demandada.

Es menester resaltar, que la primera anotación que se tiene sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 040-65840, lo es una **falsa tradición** por declaración de posesión que en el año de 1923 hiciera Pablo González Duque, declaración unilateral esta que no constituye título traslativo de dominio que haga válida la tradición, aunado que a través de los años no se ha iniciado ninguna acción legal tendiente a sanearla.

Para probar la propiedad en tratándose de inmuebles, deviene inexorable la exigencia del título y modo, la concurrencia de tradente y adquirente con un consentimiento exento de vicio, un título traslativo generatriz de la obligación de dar culminada con la entrega de la cosa, debiendo el tradente ser titular del derecho transferido con facultades para hacerlo; la doctrina con fundamento en la ley, instituye que la tradición de derechos reales inmobiliarios se surte mediante la inscripción del título en la oficina de registro, en un folio dividido en secciones y columnas: la primera para el modo de adquisición " se anota al propietario del bien" y el título (compraventa, donación, permuta, aporte social, sucesión, fallos declarativos de prescripción, de remanentes o resolución de adjudicación de baldíos y las mejoras del propietario), la columna 6ta (falsa tradición), contiene la inscripción hecha a favor de una persona por otra que no tiene el dominio del bien o el derecho vendido y que sin embargo lo transfiere.

En efecto en la columna correspondiente a "falsa tradición", se inscriben "...los documentos que no opera, en realidad, tradición de derecho real alguno, de lo cual deviene que en el referido título, en si, no se acomoda a la preceptiva del art. 756 del C.C., circunstancia que adicionalmente desvirtúa el supuesto de hecho contenido en el art. 959 ibidem, lo cual de manera definitiva, ha debido cerrar el paso a la acción reivindicatoria".³

Falsa tradición que según el tratadista Miguel Dancur Baldovino, se entiende como la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos, que se hace a favor de una persona a quien otra, que carece de dominio o propiedad sobre un inmueble o derecho vendido, le ha hecho acto de transferencia por cualquiera de los medios establecidos en la ley.

³ C.S.J. Sala Casación Civil .M.P. Dr Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Agosto 12 de 2005. Exp. 4948.

Así, los títulos con falsa tradición respecto de inmuebles, no transfieren propiedad, impidiendo a quien los adquiere efectuar actos de señor y dueño, en los términos del Art. 669 C.C.

El Decreto 1250 de 1970 en su Art 7º, precisa que el folio de matrícula inmobiliaria consta de seis (6) secciones o columnas y precisamente la columna 6º se destina: “para la inscripción de títulos que conllevan la llamada falsa tradición, tales la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derechos incompletos o **sin antecedente propio.**”

La llamada falsa tradición, no es más que una inscripción que se hace a favor de una persona a quien otra que carece de dominio sobre el bien o derecho vendido le ha hecho acto de transferencia, razón para que la falsa tradición se refiera a los actos que no se derivan del derecho de propiedad o dominio.

De otro lado, en el segundo título inscrito, el Municipio de Tubará adjudica a la Sociedad Lamadrid & Cia. Ltda. el lote de terreno localizado en el sector Bajo de Bula, en la consideración de no haber salido el bien de la propiedad primaria del municipio, dado que Tubará es “el dueño absoluto del llamado “resguardo indígena” como quiera que lo compró a Manuel Palacio y otros, según Escritura Pública del 1º de diciembre 31 de 1886, Notaría 1º del Círculo de Barranquilla. Sin embargo, dicho acto jurídico antecedente no aparece registrado ni en el Certificado de Libertad y Tradición del predio con matrícula 040-0065840, ni en documento anexo.

Extraña a la Sala que el Municipio de Tubará expida una Resolución (007 de Enero 28 de 1998) de adjudicación, once (11) años después de que el INCORA, mediante la Resolución No. 2689 de junio 3 de 1987, declarara como baldíos los predios.

La Ley 160 de 1994 en su Art. 11 precisa que el Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA creado por la Ley 135 de 1961 continuara funcionando como “..... establecimiento público descentralizado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura.....”, y las funciones que había de desarrollar están descritas en su artículo 12, entre las que se encontraban:

(1.....2.....3.....4....5....6....7....8....9...10...11....12....)

“13. Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de la Nación y en tal virtud, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar en ellas programas de colonización, de acuerdo con las normas legales vigentes y con Reglamentos que expida la Junta Directiva.”

14. Ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, y adelantar las diligencias y expedir las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado.

15. Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, con el objeto de identificar las que pertenecen al Estado, y facilitar el saneamiento de la propiedad privada.”

Tenia el INCORA competencia para hacer la declaración de baldíos de los predios de propiedad nacional y adjudicarlos a través del modo de la ocupación reconocida y declarada por el Estado, la cual conforme la preceptiva legal sobre la materia, rebasa por regla general la simple aprehensión material del inmueble, requiriéndose que quien lo detenta demuestre que tiene bajo explotación económica un porcentaje específico de la superficie cuya adjudicación pretende,

que cumple con las normas sobre explotación en materia de recursos naturales y que está dentro de los límites adjudicables, al recaer la ocupación sobre bien del Estado (Art 7 Decreto 2275 /88).

Debía la actora desvirtuar la presunción contenida en el Art. 2 de la Ley 200 de 1936, según el cual se presumen baldíos los predios rústicos no poseídos mediante la explotación económica del suelo por hechos positivos propios del dueño, con un título con valor suficiente para denotar propiedad y para demostrar que el INCORA no estaba frente a un predio baldío, empero el estadio de tal discusión, es la jurisdicción contenciosa administrativa en solicitud de nulidad de los actos administrativos de declaración y adjudicación de baldíos respecto de los inmuebles objeto de demanda, que no ante esta jurisdicción civil.

Respecto de la **Resolución de Adjudicación del municipio de Tubará**, de cuya copia no se vislumbra la demostración siquiera sumaria de la propiedad primaria expuesta en la parte motiva de tal acto administrativo, es menester precisar que esos terrenos que fueron adjudicados gratuitamente por el Municipio de Tubará a favor de la sociedad demandante en 1998, eran terrenos que correspondían o pertenecían o conformaban un resguardo indígena, es claro entonces que han debido observarse las especiales reglas sobre la llamada propiedad colectiva o comunitaria que según la Constitución Política (Arts. 63⁴ y 329⁵ Carta Política), es una propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable, normas superiores desarrolladas en el ordenamiento por la Ley 30 de 1988, el Decreto 561 de 1989, la Ley 21 de 1991 e incluso por normas del siglo XIX como la Ley 89 de 1890 artículo 7, todo lo cual conduce a reafirmar la idea según la cual la adjudicación gratuita del municipio de Tubará a la demandante configura un título viciado de nulidad, a términos del artículo 766 numeral 3 del Código Civil⁶.

Pertinente transcribir el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que respecto de la **cesión de baldíos urbanos a los municipios** y distritos, el alcance de la Ley 137 de 1959, finalidades de la cesión efectuada por la ley 388 de 1997, planes de Ordenamiento Territorial y su coordinación con las disposiciones de la ley 768 de 2002, así respondió al Ministerio del Interior y Justicia:

“1.- Sobre la ley 137 de 1959 y su decreto reglamentario 3313 de 1965.

1.1. Por el solo ministerio de la ley 135 de 1959, los municipios no adquirieron la propiedad de los baldíos urbanos nacionales, ya que la cesión contemplada en los artículos 4o y 7º, estaba sujeta a la condición suspensiva de que los municipios procedieran a vender los solares o lotes a quienes lo ocupaban al momento de entrar en vigor la ley, esto es, el 24 de diciembre de 1959. El plazo de dos años se venció, pero quienes conservan la calidad de ocupantes que tenían al momento de la entrada en vigencia de la ley, aun pueden pedir su venta; el precio se tasara según las normas actualmente vigentes sobre la materia.

El término de dos años lo previo el legislador para que el propietario de las mejoras que ocupaba el inmueble al momento de la vigencia de la ley, formulara propuesta de compra del solar o lote y se le garantizara como precio , una

⁴ ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

⁵ ARTICULO 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. **PARAGRAFO.** En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

⁶ ARTICULO 766. TITULOS NO JUSTOS. No es justo título.

(...) 3o.) El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.

suma equivalente al 10% del avalúo pericial. En caso de no haberse procedido a la venta, los baldíos urbanos continuarán siendo de propiedad de la Nación hasta la entrada en vigencia de la ley 388 de 1997.

2.-Sobre el artículo 123 de la ley 388 de 1997.

2.1. **Por efecto del artículo 123 de la ley 388 de 1997, los baldíos urbanos pertenecen a los municipios y distritos.**

2.2. La vigencia de la ley 137 de 1959 se contrajo a los ocupantes de bienes baldíos al momento de su expedición, en la forma expuesta en este concepto. Quienes conservan la calidad de ocupantes que tenían a la expedición de la ley, pueden pedir la venta del solar, pagando el precio regulado por las normas vigentes en la actualidad.

2.3 a 2.5. El límite para vender como máximo 2.000 metros a los ocupantes que traía el decreto 3313 del 17 de diciembre de 1965, se aplica exclusivamente a quienes mantienen el derecho a la compra de los solares por haber sido ocupantes al momento de expedirse la ley 137 de 1959, según se ha expuesto.

3.- Sobre la ley 768 de 2002.

3.1. En el caso de un bien que hubiere sido baldío urbano nacional y que sea declarado recurso turístico por el Concejo Distrital, cualquier actividad que el distrito desee emprender sobre el, debe sujetarse al régimen previsto para esta clase de recursos por la ley 768 de 2002.....”⁷

Empero se aduce que el Municipio de Tubará, al expedir el acto administrativo de adjudicación del inmueble rural, en sus consideraciones expresó ser “dueño absoluto del llamado “resguardo indígena”, al haberlo comprado mediante acto escriturario de más de un siglo de extendido (Escritura Pública No. 1 de diciembre 31 de 1886).

Respecto de tal aserto, pertinente relieves, fundado en datos históricos, que el Municipio de Tubará tiene origen precolombino, descubierto como caserío indígena por Pedro de Heredia en marzo de 1533. Tenía títulos de resguardo indígena de las respectivas leyes españolas desde 1611/, en 1886 se declaró “bien vacante” el terreno correspondiente al resguardo indígena y vendido en subasta pública al Municipio de Tubará.⁸

Se denomina “resguardo” a los pueblos indígenas organizados, una vez abolido el sistema de encomiendas; tal término también denomina a la comunidad indígena como el territorio que le fue asignado. “usualmente una circunferencia de una legua castellana de radio, trazada a partir de la puerta principal de la iglesia doctrinera⁹.

El tratadista José Agustín Blanco Barros, trabajando la geografía tubareña actual¹⁰, precisa “...según el mismo Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el área total del municipio es de 149 kms², la cual es una superficie casi seis veces mayor que la que por ordenanza real debía tener la encomienda de Tubará en el año de 1611...”

(...)

Si, como efectivamente lo hizo el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, estos linderos se llevan a un mapa, la figura obtenida está lejos de ser un círculo, ni siquiera aproximadamente. Un círculo de 4,2 kilómetros de radio tiene un área de 26.3904 kilómetros cuadrados y el actual municipio tubareño presenta una extensión de 149 km³³, lo que hace más que septuplicar la magnitud superficial de la encomienda original, de su territorio resguardado...”

⁷ Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo. 4 de Noviembre de 2004. Radicación 01592-01. Actor Ministerio del Interior y Justicia.

⁸ “Plan de ordenamiento y manejo de la cuenca hidrográfica de la Ciénaga de Mallorquín - CRA- Conservación Internacional de Colombia”

⁹ González. 1972, 27-61.

¹⁰ Blanco Barros, José Agustín. “Tubará: la encomienda mayor de Tierradentro. Centro Editorial Javeriano CEJA. Bogotá. 1995

Empero, no es este el estadio propicio para debatir el acto administrativo de adjudicación del Municipio de Tubará, ni menos establecer si el lote adjudicado se encuentra en zona de resguardo indígena.

Así las cosas, no se encuentra cumplido el primer requisito aducido para la prosperidad de la acción, por lo que delantamente se advierte su improcedencia, al no lograrse comprobar la propiedad, y al presumirse la legalidad de los actos administrativos emanados del INCORA, que como bien expresa la parte demandada, al presente no han sido controvertidos ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Itera la Sala, el actor no ha demostrado ser el titular de dominio de los inmuebles que pretende reivindicar, puesto que los documentos anexos así lo prueban i) porque la enajenación de la posesión que se hizo en 1997 el señor Pedro Socarrás no corresponde a un título traslativo de dominio sino que tan solo es una transferencia del derecho de posesión, registrada como falsa tradición, así, generaba un derecho incompleto, sin antecedente propio y ii) la adjudicación gratuita que en 1998 le hizo el Municipio de Tubará, mal podía ser realizada por tal ente, dado que tratándose de un baldío como viene demostrado, tal facultad de adjudicación estaba reservada al INCORA.

(...)

Ahora, en gracia de discusión, si optamos por seguir estudiando los demás requisitos, diáfano es que el primero de ellos habría de afectarlos a todos, pues si se tiene en cuenta la presunción de legalidad de la declaración de los lotes como baldíos pertenecientes a la Nación, no estarían llamados a ser adquiridos por adjudicación administrativa del Municipio de Tubará, ni menos por enajenación privada y en tal razón, tampoco se podría solicitar su reivindicación.

Estos bienes baldíos, conforme el artículo 675 del Código Civil, son “todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”

(...)

Ahora, en palabras del tratadista Luis Guillermo Velásquez Jaramillo: “puede ocurrir, sin embargo, que se adjudique por el Estado un bien en la creencia de ser baldío y a la postre resulte una titularidad privada anterior...”. Empero, se itera, este no es el estadio para debatir la legalidad del acto administrativo de adjudicación, a lo que se aúna la presunción de derecho creada por la Ley 97 de 1946, a favor de los adjudicatarios: “Presúmese de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimientos de ganados, por un periodo no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de adjudicación...”

Ahora, exige esta presunción una actuación de buena fe más los requisitos que vienen de verse, por lo que también habrá de ser controvertido mediante otra vía.

El tercer presupuesto se refiere a la necesidad de establecer que la cosa sobre la cual versa la reivindicación sea la misma poseída por el demandado y la misma a que se refiere el título de dominio en que se funda la acción.

Respecto de los bienes objeto de demanda, denominados por el demandante como Salvación I y Salvación II y que hacen parte del bien inmueble de mayor extensión matriculado con el No. 040-65840 denominado Bajo de Bula, a su vez declarado baldío por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria mediante Resolución 002689 de 1987, se itera,

no es posible para la Sala declarar que tales bienes fueron poseídos por el demandado y ser de propiedad exclusiva del demandante.

El cuarto presupuesto, relativo a que el demandado tenga la calidad jurídica de poseedor, tampoco opera en el asunto bajo examen. De la contestación de la demanda y de las pruebas recabadas, queda evidenciado que la entidad demandada no tiene postura de poseedor, pues su competencia se limita a declarar los terrenos como baldíos y a adjudicarlos a personas que, conforme su aserto, venían poseyéndolo y explotándolo de tiempo atrás, en razón de la competencia que la ley le concede para tales efectos. Sus actos no son comparables, bajo ninguna óptica, con los de un poseedor, institución definida por el artículo 762 C.C. como "...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él...", presupuestos que no se tipifican con la actitud de la demandada.

FUENTE NORMATIVA: Artículo 669, 762 y 946 del Código Civil, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil SC-102 de agosto 6 de 2007, Sentencia de 20 de junio de 2001, Exp. 5672, Decreto 1250 de 1970 Art 7º, Ley 160 de 1994 Arts. 11, 12, 13, 14 y 15, Art. 2 Ley 200 de 1936.

DEMANDANTE: Lamadrid & Cía Ltda.

DEMANDADO: Incora- Ministerio De Agricultura

FECHA: 16 de noviembre de 2012

RADICACIÓN: 35.135

DECISIÓN: Revoca Decisión de primera instancia y Absuelve de todos los cargos a la demandada.

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ENTIDADES CON INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA- Procedencia/TOMA DE POSESIÓN PARA ADMINISTRAR-No impide que la entidad cumpla con sus obligaciones contractuales previas a la decisión administrativa/**DINEROS CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA-** No son excluidos para el pago de obligaciones de la entidad intervenida

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica. "En el presente caso, la demandante solicita el embargo de unos dineros que aparecen bajo las cuentas del demandado, que al ser objeto de medida de toma de posesión con carácter administrativa, a consideraciones del funcionario de primera instancias, son dineros que deben desembargarse a efecto que vayan a la masa de la entidad intervenida y sirvan para resolver los motivos de dicha intervención."

Extractos: "i.-) **INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD: GENERALIDADES.**

Este tipo de intervención se encuentra regulada por el Decreto 1922 de 1994 y complementada con todo un conjunto de normas y remisiones al Estatuto del Sistema Financiero, del cual en su artículo 1 establece que la Superintendencia de Salud o las Direcciones Territoriales de Salud podrán asumir la gestión administrativa, ya sea total o parcial, de las entidades que suministran servicios de salud, por motivos de orden público, administrativo o técnico, que puedan estar afectando la correcta y adecuada prestación de estos servicios.-

Igualmente el artículo 2 del mismo decreto expresa que la finalidad de la intervención, **es básicamente mantener una adecuada prestación del servicio de salud, y además velar por el recto cumplimiento de la normatividad que rige la prestación del servicio público de seguridad social**, que el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, expresa en los siguientes términos:

“La toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se puede realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus Acreencias”.

Pues bien, para obtención de esos fines, la declaratoria de toma de posesión para administrar la E.P.S. intervenida, la misma ley expresa que deben cancelarse los “embargos decretados con anterioridad a la toma de posesión **que afecten bienes de la entidad**” (literal del artículo 22 de la ley 510 de 1999) y la suspensión de los procesos ejecutivos en curso por obligaciones **“anteriores a dicha medida” (literal d del mismo artículo y ley).**-

Con fundamento en estas normas, se emitió la resolución 000671 del presente año, mediante la cual se adopta la medida cautelar preventiva de toma de posesión inmediata de los bienes haberes y negocios y de intervención forzosa administrativa para administrar de Solsalud EPS S. A y como consecuencia de ello, averiguar la situación real de la intervenida, lograr el cabal cumplimiento de su objeto social y garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, para lo cual, en el literal **d** del artículo segundo se dispone la suspensión de los procesos ejecutivos en que se cobren obligaciones anteriores a la toma de la medida administrativa y en el literal e se dispone la cancelación de los embargos que **“afecten bienes de la entidad”.**-

Así lo establece la ley y así lo dispuso la resolución en comento y así lo ha entendido la Sala Civil de este Tribunal cuando en providencia reciente y estudiando un caso semejante, expresó:

“En consecuencia, de acuerdo con las normas antes señaladas, las obligaciones que adquiriera la entidad intervenida con posterioridad a la fecha del inicio de la toma de posesión, **o aquellas que no deba honrar con dineros de su propio patrimonio**, podrán ser cobradas ejecutivamente en el curso de tal procedimiento administrativo”¹¹

(...)

ii. NATURALEZA JURIDICA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

En primer término, es menester considerar la destinación específica que ordena el artículo 48 de la Carta Política para estos recursos del sistema de seguridad social.- En efecto, se trata de una prescripción de obligatorio cumplimiento, que prohíbe que se le de cualquier destinación diversa de los fines fijados por la constitución y la ley, a los recursos del sistema de seguridad social.

Con este carácter de dineros de destinación específica, se puede ir dilucidando la naturaleza especial que tienen estos recursos. Al respecto la Honorable Corte Constitucional, ha sido clara en manifestar que estos bienes propios del Sistema de Seguridad Social, no hacen parte del

¹¹ Providencia de fecha 26 de octubre de 2012 Ref 36.944 MaP Vivian Saltarin J

patrimonio particular de las entidades promotoras de salud, y que éstas solamente fungen como meras administradoras de los mismos, siempre con el deber de cumplir con la destinación legal y constitucional de los mismos, que es cancelar a las I.P.S. el valor de la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Por este motivo ha considerado la Corte Constitucional que las rentas del Sistema de Seguridad Social en Salud, son recursos parafiscales que tienen las siguientes características:

“...su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, en cuanto redunda en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado a un cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto a sí lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean”.¹²

En tal sentido, la Corte Constitucional ha expresado:

“En conclusión, dentro del ámbito de la ley 550 de 1999 pueden constitucionalmente estar las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Administradoras del Régimen Subsidiado (A.R.S.) pero ello no permite, que al acudir a los instrumentos de intervención previstos en dicha ley, se infrinja el mandato constitucional según el cual no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines pertinentes a ella” (Art. 48 inciso 4 de la CP).-¹³

A su vez Consejo de Estado, expresa sobre el punto:

“Lo anterior indica que en el citado informe se omitió el análisis de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que, como lo dijo la Sección Primera de esta Corporación en providencia del 11 de octubre de 2007, Exp. No. 2003-00435-01, M.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón, han sido dictadas para proteger los recursos de la salud y “son claras en señalar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud pertenecen al sistema y no a los entes que por disposición legal los administran, luego mal podrían entrar en su liquidación como si fueran de su propiedad...””¹⁴

En consecuencia, admitiendo que en la toma de posesión para administrar o para liquidar se imponga la suspensión de los procesos en marcha contra la intervenida, ella no tiene un alcance

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-349/04. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ C-867 DE 2001

¹⁴ Consejo de Estado Providencia de fecha 10 de julio de 2012 Mp. Marco Antonio Velilla Moreno.-

absoluto ni constitucional ni legal ni administrativamente, porque quedó contemplado, admite excepciones respecto de la temporalidad de las obligaciones y CUANDO RECAEN LAS MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES QUE NO SON PROPIOS DE LAS INTERVENIDAS, COMO CUANDO SON DINEROS PERTENECIENTES AL SISTEMA DE SALUD, siempre y cuando, las obligaciones que se cobran igualmente provengan de la prestación de salud, con lo cual no se desobedecen los mandatos constitucionales y legales, como lo ha dispuesto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en varias jurisprudencias y que este despacho ha avalado en pretéritas decisiones.-

Caso concreto.

1. La resolución 000671 del 2012 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud (CP No. 4, Folios 173-180), por medio de la cual este organismo adoptó: “MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA DE TOMA DE POSESIÓN INMEDIATA DE LOS BIENES, HABERES Y NEGOCIOS Y DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA ADMINISTRAR, dispuso como consecuencia de esta medida la suspensión del proceso en ejecutivo en curso, y el levantamiento de los embargos decretados con anterioridad a la medida. (CP No. 4, Folio 174, Pág. 2)

En virtud de dicha resolución y de la solicitud presentada en tal sentido por la misma E.P.S, el a-quo consideró ajustado a derecho la suspensión del proceso y la cancelación de los embargos decretados dentro del mismo. Sin embargo, el sentenciador de primera instancia no tuvo en cuenta, primero, la clara diferenciación existente entre la intervención administrativa para administrar y la intervención para liquidar, las cuales además tipifican diferentes procedimientos y fines.-

Como se expresó en el párrafo primero, en efecto, la resolución emitida por la Superintendencia de Salud establece claramente que se trata de una Intervención forzosa para administrar y en los literales d y e del artículo segundo de la resolución, siguiendo la ley, redujo las medidas cautelares a cancelar, las que recaían sobre bienes de propiedad o propios de la intervenida, lo que le imponía al funcionario de primera instancia estudiar diferenciadamente la situación concreta de los dineros embargados y la clase de obligaciones que se cobran en el proceso, cuestión que no realizó.-

2. Aunado a todo lo anteriormente dicho, para la Sala Unitaria es clara que los dineros de la seguridad social tienen una destinación específica constitucional, la cual no puede ser contrariada bajo ningún aspecto por normas de rango inferior. Al respecto ha dicho la Honorable Corte Constitucional: “Es claro entonces que el mandato de que los recursos de la seguridad social sean de destinación específica no puede ser desconocido por el legislador en ningún caso, ni aún en aras de la reactivación económica. Por lo tanto, los recursos destinados a atender las necesidades del servicio de salud no pueden ser objeto de acuerdos de pagos con acreedores que conduzcan a que tales recursos no lleguen al destino ordenado en la Carta”¹⁵

En consecuencia, sólo podrían hacer parte de la intervención aquellos dineros que conforman el patrimonio propio de la E.P.S Solsalud, más no aquellos que pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo son las cuentas corrientes y de ahorro depositadas en Banco de Bogotá, pues se trata de sumas inembargables, en principio, para cancelar deudas diferentes a las generadas por los servicios de salud, que es precisamente la destinación específica a la que está orientado.-

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-86701. Magistrado (a) Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

3.- El despacho de primera instancia, sin efectuar las dos diferenciaciones anteriores y colocando en un solo todo el presupuesto de las E.P.S. no detalla si los dineros materia de las cautelares en el presente proceso son pertenecientes a cual clase de ingreso de la demandada y razonando como si estuviéramos frente a una toma para liquidar estima bien levantar las medidas cautelares practicadas en el presente proceso, pero revisada la certificación de las entidades bancarias se tienen que son aportes del Sistema y por tanto, no hacen parte del haber de la demandada y por el contrario si destinado al pago de deudas del servicio de salud, ámbito de la prestación que se cobra.-

4.- Como lo explica cabalmente Solsalud en memorial de fecha 26 de agosto de 2012 y las certificaciones expedidas por los Bancos, los dineros que se reciben en dichas cuentas provienen del presupuesto y en consecuencia inembargables para las deudas propias de las EPS.- Eso es cierto y la razón es la destinación específica de dichos dineros.-

Pero, excepcionalmente, esa regla general cede cuando las deudas que se cobran son precisamente participes de esa destinación, cual es, la prestación de servicio de salud.-

No participar de este sentido, concluiríamos en lo absurdo, que esos dineros se remiten a las EPS solo para el pago del servicio de salud de manera voluntaria, pero como de esa manera no se realiza el pago, entonces por vía coercitiva no es posible, lo cual choca contra toda lógica y el sistema jurídico garantista de que el acreedor tiene expedita la vía coercitiva cuando no se descarga voluntariamente una obligación.-

Cosa distinta es que la EPS pretenda cancelar con dichos dineros deudas propias, es decir de su interés exclusivamente privada, como sería comprar bienes, pagar deudas no de salud, porque en tales eventos se configura desvío de la específica destinación de esos dineros.- Además que no tendría sentido la diferenciación de ingresos entre propios y del Sistema General de Salud, sino es para hacer descansar sobre ella, la diferencia de función de dichos ingresos.-

Luego si la suspensión y levantamiento de las medidas cautelares en el caso de estudio se fundamenta en que dichos dineros han de ser necesarios para resolver los motivos de la intervención y demostrado ha quedado que dichos dineros, como el mismo juez de primera instancia lo admite de manera expresa, son de destinación específica, no sería posible tomarlos para cubrir obligaciones diferentes al pago de servicios de salud y en el caso de intervención administrativa los problemas son, como su nombre lo dice, de tipo administrativo, de funcionamiento, lo cual, desborda el ámbito de destinación de dichos ingresos, generando aquella interpretación ,que a pesar de diferenciar el presupuesto de las E PS, termina haciéndolo uno y uno mismo.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 1 y 2 Decreto 1922 de 1994, Artículo 21 de la Ley 510 de 1999, artículo 48 de la Carta Política,

FECHA: Noviembre 7 de 2012

DEMANDANTE: Clínica Reina Catalina & Cía. Ltda.

DEMANDADO: Solsalud E.P.S.

RADICACIÓN: 08001-31-03-012-2011-00098-01/**36.932**

DECISIÓN: Revoca auto de primera instancia. Ordena seguir adelante la ejecución y mantener las medidas cautelares dictadas en el proceso.

2. SALA LABORAL

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SINDICATOS–Procedimiento sumario/**CARGA DE LA PRUEBA**–Regla general/**NULIDAD PROCESAL**–Omisión en la práctica de pruebas dentro del proceso/**DEBIDO PROCESO**–Se vulnera esta garantía fundamental cuando el juez se aparta de las ritualiades procesales del juicio

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa fáctica. En el presente caso, el problema jurídico radica en determinar si se encuentra probada la causal de disolución y liquidación de la organización sindical Sindicato de Trabajadores de la Empresa Transportes Metropolitanos del Caribe Ltda. “SINTRATRANSMECAR”, conforme la normatividad vigente.

Extractos: “Conviene precisar que la acción judicial, como la presente, está orientada a declarar la disolución o liquidación de la organización sindical demandada, por ello, se trata de una acción de estirpe declarativo y la ritualidad se encuentra sujeta a lo previsto en el precepto del artículo 380. Subrogado L 50/90, artículo 52, numeral 2º., el cual es del siguiente literal:

“2º. Las solicitudes de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, se formularán ante el juez del trabajo del domicilio del sindicato o, en su defecto, del circuito civil y se tramitarán conforme al procedimiento sumario que se señala a continuación:

“ a) La solicitud que eleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá expresar los motivos invocados, una relación de los hechos y las pruebas que se pretendan hacer valer:

b) Recibida la solicitud el juez, a más tardar el día siguiente, ordenará correr traslado de ella a la organización sindical, mediante providencia que se notificará personalmente;

“ c) Si no se pudiere hacer la notificación personal, dentro de los cinco (5) días siguientes, el juez enviará comunicación escrita al domicilio de la organización sindical, anexando constancia del envío al expediente.

“ d) Si al cabo de cinco (5) días del envío de la anterior comunicación no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco (5) días cumplidos los cuales se entenderá surtida la notificación;

“ e) El sindicato, a partir de la notificación, dispone de un término de cinco (5) días para contestar la demanda y presentar las pruebas que considere pertinentes;

“ f) Vencido el término anterior el juez decidirá teniendo en cuenta los elementos de juicio de que disponga dentro de los cinco (5) días siguientes, y

“ g) La decisión del juez será apelable, en el efecto suspensivo, para ante el respectivo tribunal superior del distrito judicial, el cual deberá decidir de plano dentro de los cinco (5) días siguientes al en que sea recibido el expediente. Contra la decisión del tribunal no cabe ningún recurso”.

Es claro, el texto del precepto transcrito al regular lo atinente a la acción de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, indicando de manera explícita que se tramitará conforme al procedimiento sumario, vale decir, el trámite es de carácter breve y rápido y que la solicitud debe contener una relación de hechos y pruebas que se hagan valer, desde luego, cumplido el trámite del traslado y la notificación personal de la solicitud a la organización sindical, la cual ésta dispondrá de cinco (5) días para contestar la demanda y presentar las pruebas que

se consideren pertinentes, vencido el término en precedencia el juez tendrá en cuenta los elementos de juicio de que disponga y los evaluará a la luz de las normas procesales que rigen en materia laboral y adoptará una decisión justa que contemple la integridad del problema planteado y se dará solución a la solicitud de disolución y liquidación del sindicato, por lo tanto, no obstante lo anterior, se permea que el juez a-quo admitió la presente demanda mediante auto adiado 18 de noviembre de 2010, ver folios 39 a 40, a su turno, mediante auto marzo 25 de 2011, fijó fecha para llevar a cabo audiencia pública de juzgamiento, ver folio 162 y al proseguir la ritualidad del proceso profirió el auto adiado 7 de abril de ese mismo hogaño, revocando el auto precedente y en esa misma calenda profirió la sentencia de fondo.

A juicio de la Sala, es diáfano que el juez a-quo se apartó de manera abierta y ostensible de los mandatos constitucionales y en especial del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, impidiendo con su conducta que se logre el postulado de la efectividad del derecho a probar y que guarda íntima conexión con el principio consagrado en el artículo 177 del C. de P.C., norma procesal que proclama la incumbencia a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y que guarda hilación con el precepto del artículo 1757 del C.C., surge con obviedad, que la carga de probar se encuentra distribuida en forma indistinta entre las partes litigantes vinculadas a la relación jurídico procesal.

Pues bien, en el caso de autos se atisba que el juez a-quo no logró el recaudo efectivo de los medios probatorios solicitados por la parte demandada y por el contrario adoptó un comportamiento transgrediendo las formalidades y reglas propias del juicio, más aún, sin adoptar las facultades atribuidas para lograr la verdad procesal acorde con lo previsto en el artículo 54 del C.P. T. y de la S.S., normativa que le confiere facultad el juez para ordenar la práctica de pruebas de oficio que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos, por ello, se considera que en la actuación rituada en el presente proceso se encuentra tiñada de un vicio de nulidad que se subsume en el numeral 6° del artículo 140 ibídem, el cual se traduce que la oportunidad para practicar las pruebas habrá sido simplemente un enunciado nominal y un canto a la bandera y, sobre todo, resulta relevante ya que en el presente litigio el asunto controversial gira en torno a la disolución y liquidación de un sindicato, siendo inherente al derecho de asociación que goza de la protección constitucional consagrada en el artículo 39 de la Carta Fundamental y en los convenios 87, ratificado por la Ley 26 de 1976 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia por la ley 27 de 1976 y, por ende, forman parte del bloque de constitucionalidad según lo proclaman los cánones constitucionales 93 y 94, siendo propicio traer a colación y seguir como brújula trazada por el derrotero jurisprudencial de la Corte Constitucional en sentencias SU - 039 de 1997; T - 652 de 1998; C- 418 de 2002; C - 891 de 2002; 208 de 2007 y C - 567 de 2000 y en esta última fija su posición sobre este tema en particular :

“ (...)

“ Sin embargo, la Corte, al avocar el tema, sólo puede realizar el examen de las normas legales impugnadas frente a la Constitución, y también, en este caso, al Convenio 87 de la O.I.T., que según jurisprudencia de la Corporación, hace parte del denominado "bloque de constitucionalidad" (sentencias T-418 de 1992; C-225 de 1995; y, T-568 de 1999, entre otras) ”.

En síntesis, razonando de esa guisa, llegamos a la conclusión que gravita un vicio por pretermitirse la fase probatoria y se incurre en la causal de nulidad invocada por el memorialista. Así las cosas, se declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto adiado marzo 25 de 2011 inclusive, que fijó fecha para llevar a cabo audiencia pública de juzgamiento, en consecuencia, se ordenará continuar el trámite legal correspondiente.”

FUENTE NORMATIVA: literal d), del artículo 401 del C. S.T., numeral 6° del artículo 140 del C. de P.C., artículo 29 de la Carta Política, artículo 177 del C. de P.C, artículo 1757 del C.C., artículo 54 del C.P. T. y de la S.S, sentencias SU – 039 de 1997; T – 652 de 1998; C- 418 de 2002; C – 891 de 2002; 208 de 2007 y C – 567 de 2000.

FECHA: 31 de octubre de 2012

DEMANDANTE: Transmecar Ltda

DEMANDADO: Sintratramecar

RADICACIÓN: 44.436 (F)

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Decreta nulidad

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL–Improcedencia/DERECHOS ADQUIRIDOS–Su aplicación depende de la satisfacción de las exigencias y límites legales/**MERAS EXPECTATIVAS–**No generan situaciones consolidadas/**VIGENCIA Y EXTENSIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO DE 2005–**Parámetros

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica. En el presente caso pretende la parte actora que “se declare que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que al momento en que entró en vigencia dicha Ley, contaba con 44 años de edad, y que por ende se le debe aplicar el Acuerdo 049 de 1990; en consecuencia se le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 15 de octubre de 2010; intereses moratorios; indexación; ultra y extra petita; y costas del proceso.”

Extractos: “El argumento que sustenta la tesis de la Sala se basa en que con la expedición del Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 45.984 de 29 de julio de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, se estableció que el régimen de transición no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo una excepción, esto es, que tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

De lo anterior refulge con suma nitidez que aquellas personas que al **31 de julio de 2010**, no lograron consolidar su derecho pensional, esto es, la edad y las semanas cotizadas y/o tiempo de servicio prestado según la Ley que regule la pensión de vejez, no se les podría extender los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, salvo que para el **29 de julio de 2005** <fecha de publicación en el diario oficial de dicho acto legislativo>, contaran con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios.

De las pruebas documentales obrantes en el proceso, encontramos que el actor al 1° de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, lo cual en principio lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, lo que permitiría aplicarle el régimen anterior al que se encontraba afiliado, que en este caso lo sería el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

No obstante lo anterior, se constata que si bien para el **31 de julio de 2010** <fecha límite establecida por el Acto Legislativo 01 de 2005>, el actor contaba con **676.43** semanas cotizadas desde el 15 de agosto de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2006, fecha de su última cotización, no tenía causado su derecho a la pensión de vejez, por cuanto la edad

requerida de **60 años**, solo la cumplió el **15 de octubre de 2010**, fecha posterior al límite atrás establecido, y tampoco es posible extenderle el beneficio al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, toda vez que el demandante tampoco logró cotizar un mínimo 750 semanas al 29 de julio de 2005, asistiéndole razón al A-quo.

En cuanto a las “expectativas legítimas” que alega el demandante no le fueron respetadas, ha de advertirse que la Honorable Corte Constitucional ha dicho reiteradamente que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador no mantenga en el tiempo las expectativas que tienen las personas frente a las leyes que se encontraban vigentes en un momento determinado, pues lo que debe tenerse en cuenta es que al momento de expedirse la nueva normatividad es que la misma se ajuste a los parámetros de justicia y equidad sin el quebrantamiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de manera que no se desconozcan o se modifiquen los derechos adquiridos, es decir aquellas situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una norma derogada (Sentencia C-789 de 2.002, M.P, Rodrigo Escobar Gil).

Luego, refulge con nitidez que en este caso no se han afectado derechos del actor, por cuanto solo tenía una mera expectativa y no un derecho adquirido con respecto a obtener su pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1.990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, circunstancia que no resulta opuesta a la Constitución Política, máxime cuando dicha modificación es una reforma a la misma Constitución por medio de un Acto Legislativo.

(...)

Con base en lo anterior, concluye la Sala que no le asiste razón al demandante al pretender que se le aplique el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto no logró conservar el beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, toda vez que no consolidó su derecho pensional al 31 de julio de 2010, pues cumplió al edad el 15 de octubre de 2010, y tampoco acredita 750 semanas al 29 de julio de 2005, que permitan extenderle dicha transición más allá del 31 de julio de 2010, y mucho menos hasta el 15 de octubre de 2010, fecha en que –se repite – cumplió 60 años de edad, sin que ello implique el desconocimiento de ningún derecho del actor, por cuanto sólo contaba con una expectativa y no con una situación consolidada o derecho adquirido.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 001 del 22 de julio de 2005, Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, Sentencia C-789 de 2.002, Ley 797 de 2003, artículo 33.

FECHA: Noviembre 14 de 2012

DEMANDANTE: Álvaro Helí Villamizar

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales – Hoy en Liquidación

RADICACIÓN: 08-001-31-05-008-2012-00064-01 (48.170-A)

DECISIÓN: Confirma la sentencia apelada

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES–Naturaleza Jurídica/**CARGA DE LA PRUEBA**–La asumió el actor cuando demostró a través de documentos la ininterrumpida prestación de servicios a las empresas en misión/**CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO**–Surgió por el exceso en la temporalidad de las funciones del demandante

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, y en consecuencia, se acceda a las peticiones indemnizatorias.

Extractos. "Las empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para el desarrollo de sus actividades ordinarias inherentes o conexas por medio de personas naturales contratadas directamente por dichas empresas, las cuales asumen el carácter de empleadores o patronos. En ese mismo orden de ideas, y en términos empíricos, los trabajadores se presentan en las dependencias de la empresa-cliente de la primera a cumplir determinada misión específica que debe ser **temporal**, consecuentemente el espíritu de éstas empresas suministradoras de personal es prestar un servicio con trabajadores propios, respecto de los cuales mantiene una autoridad y las obligaciones como verdaderos patronos.

(...)

La teoría general de la carga de la prueba nos informa que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 177 del C. de P.C al establecer "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano encontramos el Principio de Necesidad de la Prueba, el cual es contemplado en el Art. 174 del C.P.C., que a su letra dice: "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso". A la vez hace lo suyo en materia laboral, el Artículo 60 de C.P.T. y S.S. que expresa: "El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo". Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: "El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...", lo cual guarda consonancia con el artículo 187 del C.P.C.

De las documentales adosadas se observa que las vinculaciones entre las partes, se dieron así:

F. INGRESO	F. RETIRO	EMPLEADOR	Fls.
29-11-2002	31-12-2002	TEMPO	188-192
1-1-2003	15-1-2004	ULTRA	92-97
23-1-2004	31-12-2004	TEMPO	178-183
1-1-2005	16-2-2005	TEMPO	133-138
26-2-2005	30-12-2005	ULTRA	85-88
1-1-2006	23-12-2006	TEMPO	143-148
26-12-2006	14-1-2007	TEMPO	152-157
15-1-2007	13-2-2007	ULTRA	100-105

Todos los contratos fueron sustentados bajo el postulado del 3º numeral del artículo 77 de la ley 50 de 1990, esto es, su vinculación se dio para efectos de atender incrementos en la prestación del servicio en Curtiembres Búfalo S.A. como vigilante o portero.

Se tiene entonces que laboró primeramente para Tempo desde el 29 de noviembre al 31 de diciembre de 2002 – primera relación- y nuevamente, el 1º de enero de 2003 a través de otra temporal, específicamente con Ultra, se contrata al demandante para desempeñar en la misma usuaria igual labor a la ya ejecutada hasta el 15 de enero de 2004 –segunda relación-. Contrariamente a lo diseñado por el artículo 77 de la ley 50 de 1990, pues al 29 de noviembre de 2003 ya se cumplía la temporalidad límite establecida para esa forma de contratación <6 meses prorrogables hasta por 6 meses>, ocho días después, exactamente, el 23 de enero de 2004, mediante Tempo se contrata bajo las mismas circunstancias, permaneciendo la relación hasta el 31 de diciembre de ese año- tercera relación-, retomándose el 1º de enero hasta el 16 de febrero de 2005 – cuarta relación- y luego, Ultra, el 26 del último mes y año mencionado lo vincula en los mismos términos hasta el 30 de diciembre de igual anualidad – quinta relación-. Sin que exista solución de continuidad, Tempo lo engancha el 1º de enero al 23 de diciembre de 2006 – sexta relación- y tres días después, el 26 de diciembre del mismo año lo vuelve a vincular para el mismo cargo y como trabajador en misión en la misma empresa, hasta el 14 de enero de 2007 – séptima relación-. Al día siguiente, Ultra suscribe otra similar contratación con el actor, que fue desde el 15 de enero al 13 de febrero de 2007 – octava relación-.

Habiendo sido especificada en líneas atrás la esencia y función de ser de las empresas de servicios temporales y el nexo de los trabajadores en misión, salta a la vista que en el sub examine sí se violentó la verdadera naturaleza de tales, ya que aun cuando el actor fue contratado el 29 de noviembre de 2002 a través de Tempo, hasta el 31 de enero de 2002 y posteriormente, es vinculado por Ultra el 1º de enero de 2003 hasta el 15 de enero de 2004, lo cierto es que el límite previsto por el legislador venció el 29 de noviembre de 2003, más sin embargo continuó siendo enganchado en el mismo cargo al interior de la misma usuaria, pudiéndose inferir así que las circunstancias de las contrataciones permanecieron.

Resulta notable que se intentó ocultar la realidad, habida cuenta que las vinculaciones descritas sobrepasaron el límite previsto, encontrándose que la labor ejercida por el actor no estaba encaminada a atender el incremento en la prestación del servicio, sino que por el contrario era permanente al interior de la empresa usuaria <Curtiembres Búfalo S.A.>, siendo por lo tanto ésta la real empleadora y no las empresas de servicios temporales, quienes actuaron todo el tiempo como simples intermediarios colaborando en el engaño propiciado por aquella.

Vistas así las cosas, se evidencia que las causas que dieron origen al contrato inicial y la fuente del trabajo se prolongaron, sin que por el hecho que haya existido entre vinculaciones algunos cortes de días, deba entenderse que aquellas – sus causas y fuentes- desaparecieron y nuevamente surgieron, o que por la circunstancia que se haya contratado con diferentes temporales se infiera que sean disimiles, puesto que con arreglo al parágrafo del artículo 77 de la ley 50 de 1999, “Si cumplido el plazo de seis meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio”.

En el entendido que la temporalidad prevista para los contratos de trabajadores en misión se quebrantó en el presente asunto, pasando la usuaria a ser el verdadero patrono del extrabajador y no las temporales, se demanda por la parte actora la declaratoria de una relación contractual de tipo laboral indefinida.

Al respecto, se precisa que según lo ordenado en el artículo 47 del CST, el contrato de trabajo a término indefinido tiene vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

En líneas precedentes, se advirtió que las causas que dieron origen al contrato y la fuente del trabajo se prolongaron, razón por la que se descartó que se hubiese tratado de uno por duración de la obra o labor contratada, como lo adujeron las demandadas y, por el contrario, deba darse por sentado que entre las partes <demandante y Curtiembres Búfalo S.A.> se materializó una vinculación laboral de carácter indefinido entre el 30 de noviembre de 2003 – fecha en que se sobrepasó el límite previsto para el tipo de contratación con empresas de servicios temporales– al 13 de febrero de 2007.

(...)

Se solicitan horas extras, descansos compensatorios y dominicales y festivos.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema ha sido demasiado celosa al indicar que cuando se demanden estos conceptos, es necesario que se especifiquen el número exactos de días laborados en días de descanso obligatorios y horas extras, puesto que no le es dable al Juez hacer cálculos acomodaticios o abstractos al respecto.

En el caso bajo examen, no fue demostrado un número de días y horas extras concretas trabajadas que fuesen diferentes a las liquidadas por las demandadas. Se absuelve.

Igual suerte corre la media hora diaria laborada, incoada bajo el supuesto fáctico de no haber gozado durante la vinculación laboral del descanso correspondiente para la ingesta de alimentos, habida consideración que no fue acreditado en el plenario.

También se incoa la compensación de dos horas semanales de recreación.

Tal súplica tiene su sustento en el artículo 21 de la ley 50/90.

Sobre la misma ha expresado la jurisprudencia de la Corte que: "...Por tal vía, si bien se desarrollan dentro de un tiempo remunerado, ello no les da carácter de salarial pues no tiene vínculo directo con el trabajo desempeñado (lo que no implica que se afecte la base de liquidación de los diversos derechos laborales), ni puede incluirse dentro de las prestaciones sociales ni los descansos remunerados, no sólo por que no se les califica expresamente de tales, sino porque no obedecen a los riesgos propios que tiende a cubrir la seguridad social ni corresponde a un tiempo de libre disposición del empleado, pues es el empleador, en principio, quien dispone la destinación de ese tiempo dentro de las opciones que prevé la ley.

Puede tenerse como un mecanismo de crecimiento espiritual para el trabajador patrocinado por la ley en aras de facilitar elementos que individualmente no puede éste concretar y que le dan acceso a expresiones recreativas, deportivas, culturales, formativas, que complementen su estructuración intelectual y su crecimiento personal..."¹⁶.

Como consecuencia de lo anterior, es notable que no poseen un carácter salarial y por tanto, no han de ser compensables en dinero como lo pretende el demandante.

¹⁶ CSJ, Cas. Laboral, Sent. 9947 de septiembre 11 de 1997

Al analizar la petición de reajuste de cesantías e intereses, se observa que se solicitan conforme al último salario devengado.

Debe advertirse que en el sub lite, mal podrían liquidarse las cesantías de acuerdo al sistema tradicional de liquidación que regía antes de la entrada de la ley 50 de 1990, toda vez que el nexo laboral se materializó después del 1° de enero de 1991 y por lo tanto, se entiende regido por el sistema anual de liquidación de cesantías contemplado por la disposición atrás enunciada, el cual implica que al 31 de diciembre de cada año se calculen las mismas por la anualidad o la fracción correspondiente.

Amen de lo anterior, se encuentra que al actor le fueron reconocidas y pagadas sus cesantías e intereses por las temporales respecto de cada una de las relaciones laborales aparentemente sostenidas¹⁷, tal como el mismo demandante lo afirmó en el interrogatorio de parte¹⁸, no advirtiéndose de la demanda ni acreditado en el decurso procesal que se hayan dejado de computar factores salariales o se hubiesen liquidado las prestaciones sociales con un salario inferior al devengado, razones por las cuales no se condenará a la reliquidación de cesantías e intereses suplicada.

Ante tales conclusiones, no hay lugar tampoco a la sanción por no consignación de las cesantías.

Igualmente se pide el pago de primas de servicios y vacaciones conforme al último salario devengado.

Sobre el tema debe precisarse que el art. 306 del CST ha dispuesto que las primas de servicios corresponden a un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte (20) días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, y por otra parte, el art. 186 ibidem señala que: "...los trabajadores que hubieren trabajado durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas

Una vez finalizado el contrato sin que el trabajador hubiere disfrutado las vacaciones, procederá la compensación de éstas por año de servicios y proporcionalmente por fracción de año".

En consecuencia, resulta claro que no es factible la forma de liquidación pretendida por el demandante, pues el legislador la estableció semestralmente para las primas de servicios y anualmente para las vacaciones, más no su cálculo definitivo a la terminación de la relación laboral.

De todas formas, como está acreditada la cancelación de tales conceptos prestacionales en vigencia de cada una de las contrataciones celebradas aparentemente con las temporales¹⁹, lo cual viene aceptado por el demandante en su interrogatorio de parte²⁰, salta a la vista la improcedencia de los pedimentos implorados. Amen que – se repite– no se extrae de la demanda, ni fue probado en el decurso procesal que se hayan dejado de computar factores salariales o se hubiesen liquidado las prestaciones sociales con un salario inferior al devengado.

¹⁷ Fls. 93, 178, 134, 143, 152 y 100

¹⁸ Fls. 172

¹⁹ Fls. 93, 178, 134, 143, 152 y 100

²⁰ Fls. 172

Por otra parte, se impetra el pago de la indemnización por despido injusto.

La Jurisprudencia laboral frente a la justedad del despido ha dicho en reiteradas decisiones, la que asumimos como parte de un derecho laboral autónomo, que “La demostración de la justedad de la causa del despido corresponde al patrono”. La jurisprudencia tanto del extinguido tribunal supremo como de esta Sala, ha considerado que el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono le corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley. Conviene precisar entonces, que en materia laboral, independientemente del tipo de causal invocada, no se aplica ninguna excepción.

En el presente asunto, se aportó la comunicación visible a folio 101, en la que Ultra dice respecto de la última aparente vinculación: “Nos permitimos comunicarle que las actividades particulares que usted venía desempeñando en la empresa usuaria C.I, CURTIEMBRES BUFALO S.A. han finalizado a partir del día 13 de febrero de 2007.

La anterior decisión con fundamento en la ley, debido a que su labor u obra para la cual fue contratado (a) se terminó, la empresa usuaria nos comunicó que sus servicios como trabajador en misión ya no son requeridos de conformidad con el Art. 5, Ley 50/90 Literal D.

(...)”, pero no reposa la manifestación que la usuaria debe emitir a la empresa de servicios temporales como causa de la desvinculación.

No habiéndose probado la justa causa para proceder a la terminación del contrato, se impone la condena por indemnización, atendiendo lo que dispone el art. 64 del CST y el salario descrito a folio 100 de \$456.917.00.

(...)

En cuanto a los aportes pensionales, se tiene que el actor en interrogatorio de parte acepta que le fue cancelado por las empresas temporales todo lo relativo a la seguridad social, constituyendo tal aceptación en una confesión judicial que debe estimarse. Se absuelve.–

Finalmente, el art. 65 del CST dice que si a al terminación del contrato, el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales procede el pago de la indemnización moratoria correspondiente a un día de salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses y a partir del mes 25, los intereses moratorios hasta cuando el pago se verifique.

Siendo claro que en este caso no existe mora por salarios o prestaciones sociales, se despachará desfavorablemente la petición de indemnización moratoria, advirtiéndose que ésta no procede por falta de pago de la indemnización por despido injusto.

Se concederá la indexación de la suma otorgada por concepto de indemnización por despido injusto, habida consideración que tal figura conlleva la actualización de la moneda frente a los fenómenos económicos como la devaluación y la inflación.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 1757 C.C, artículo 177 del C. de P.C, Art. 174 y 187 del C.P.C., Artículo 60 y 61 de C.P.T. y S.S, numeral 3º del artículo 77 de la ley 50 de 1990,

DEMANDANTE: Dayro Castilla Sánchez

DEMANDADO: Curtiembres Búfalo S.A., Ultra Ltda, Tempo Ltda

FECHA: Octubre 30 de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-05-008-2008-00304-01/47024

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Declara no probadas las excepciones propuestas. Declara existencia de contrato de trabajo.

3. SALA PENAL

NULIDADES PROCESALES–Requisitos para su procedencia según la jurisprudencia/ **SENTENCIA ANTICIPADA**–Causales para su impugnación/**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO PENAL**–Características/**TASACIÓN DE LA PENA**–Máximos y mínimos

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, uno de los recurrentes solicita se decrete la nulidad de la sentencia anticipada a la cual se acogió, como quiera que se estima que no existía suficiente prueba para acogerse a este instituto procesal. De igual manera, el otro procesado manifiesta que el juzgado a quo vulneró el principio de congruencia de la sentencia, por ello, solicitaba se disminuyera la tasación de su pena.

Extractos: “El recurrente en su alzada formula la nulidad en base a que su defendido se acogió a sentencia anticipada, sin existir prueba de la responsabilidad de su representado en los cargos que le fueron acusados.

Sobre el particular la Sala considera que no se dan los presupuestos para acceder a la declaratoria de nulidad, porque:

a. La jurisprudencia ha decantado los requisitos que debe llenar quien pretenda alegar la nulidad de una causa penal, los que se circunscriben a unos principios, a saber: *principio de taxatividad*, para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley; *principio de protección*, el sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica; *principio de convalidación*, la irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada expresa o tácitamente por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales; *principio de trascendencia*, quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso, *principio de residualidad*, compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad; *principio de instrumentalidad de las formas*, no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado,

siempre que no se viole el derecho de defensa; y *principio de acreditación*, quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

b. En el presente caso, no se cumplen los anteriores postulados en virtud que: (i) el libelista no argumentó causales de nulidad señaladas en la Ley, sólo se adujo que hubo una nulidad sin previamente hacer plantear un análisis lógico de porque tal situación le afectó el debido proceso a su prohijado; (ii) el peticionario aduce que no existen pruebas de la responsabilidad de su representado, cuando existe una decisión libre, consciente, y voluntaria de éste a aceptar la responsabilidad de los punibles que le fueron enrostrados en la Resolución de Acusación adiada 17 de febrero de 2010.

Por lo anterior, la sala no decretará la nulidad invocada.

(...)

La Colegiatura observa que la inconformidad del recurrente gravita en dos puntos centrales: (i) no se demostró la responsabilidad de su defendido, por falta de pruebas; (ii) la solicitud a sentencia anticipada se realizó en base al cambio de adecuación típica que realizó el Fiscal y no en la primera calificación.

Así pues, esta Colegiatura responderá a las premisas planteadas por el recurrente de la siguiente manera:

Desde la novedosa introducción de la sentencia anticipada en el artículo 40 de C.P.P., se viene manifestando, en armonía con el contenido de dicho precepto, que quien se acoge a ella solo le es dable impugnar la sentencia condenatoria con respecto a tres (3) situaciones, a saber:

- 1) Dosificación de la pena.
- 2) Sobre mecanismos sustitutivos de la pena, como los subrogados penales y prisión domiciliaria.
- 3) Respecto a lo relacionado con extinción del dominio sobre bienes.

Bajo este contexto, se colige que en el caso *subexamine*, el recurrente no respetó totalmente las limitaciones que le impone la ley a través del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal-Ley 600/00-, pues entre sus proposiciones alude a que no existen pruebas que lleve a la certeza de la responsabilidad de su poderdante, sin tener en cuenta, que quien se acoge a sentencia anticipada no puede esperar de la justicia un pronunciamiento distinto al de un fallo de carácter condenatorio.

De esta manera, el procesado se acogió a los cargos formulados por el ente Fiscal, el cual tuvo como argumentos para acusar, los siguientes:

“...Carlos Rafael Luque Barraza, también conocido con el alias “el gato”, considerado como uno de los principales miembros de la organización investigada, con pluralidad de contactos con otros integrantes del grupo investigado.

Enviaba correos humanos desde Venezuela hacia España y desde Barranquilla a Madrid país donde tenía establecido un contacto conocido como Alberto alias “Primo” quien era la persona encargada de recibirle las drogas ilícitas y luego giraba el dinero en pequeñas cantidades utilizando para ello empresas como Western Unión, denominada “La W”. De igual manera reclutaba personas para encargarlas a reclamar los giros.

(...)

Las evidencias recogidas lo comprometen con los eventos señalados en informe como número uno (1), dos (2), tres (3), nueve (9), diez (10) donde se presentó incautación de sustancia y en los citados como doce (12) y trece (13) donde de igual manera se evidencia la negociación de narcóticos...”. (Folios 95 a 98 C. de Fiscalía No. 9).

La anterior acusación fue aceptada de manera unilateral, pura y simple por el encartado, al solicitar acogerse a sentencia anticipada, y por lo tanto, para la Sala no es aceptable que posterior al fallo condenatorio, el peticionario en la alzada refute la responsabilidad del procesado, cuando éste la aceptó la acusación previamente.

En relación con la segunda premisa planteada por el peticionario, esto es, que su prohijado se acogió a sentencia anticipada en base a la modificación en la adecuación típica que realizó el Fiscal, y no en la resolución de acusación primaria, se debe tener en cuenta que al procesado Carlos Luque Barraza, el 17 de febrero de 2010 le fue proferida resolución de acusación, en los siguientes términos:

“...Primero: Proferir resolución de acusación, en contra de CARLOS RAFAEL LUQUE BARRAZA, de condiciones personales y civiles conocidas, como probable coautor de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, Libro Segundo, Título XII, Capítulo Primero, Artículo 340 inciso segundo, Título XIII, Capítulo II, artículos 376 y 384 numeral 3, del Código Penal, conforme se señala en la parte motiva de esta resolución...” (Folio 142 C. de Fiscalía No. 9)

Al respecto la Colegiatura resalta, que si bien el Fiscal del caso durante la audiencia de juzgamiento solicitó la variación de la calificación jurídica a los procesados, debe tenerse en cuenta que en providencia del 17 de mayo de 2011²¹, esta Corporación anuló todo lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, en este proceso, dejando así sin efecto las decisiones adoptadas desde esa eventualidad procesal y al solicitar los procesados sentencia anticipada, el Juez de Primera Instancia tuvo en cuenta la resolución de acusación del 17 de febrero de 2010.

Así pues, en vista que el encartado coadyuvado por su defensor, solicitó sentencia anticipada posterior a la nulidad decretada, éste estaba consciente que los cargos acusados en la mencionada resolución estaban incólumes, esto es, los de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, los cuales tuvo en cuenta el Juzgador de primer grado al momento de la dosificación.

Por lo anterior, la Sala se aleja de los argumentos expuesto por el defensor de Carlos Luque Barraza, puesto que éste aceptó de manera libre, consciente y voluntaria los cargos que le fueron endilgados en la resolución de acusación del 17 de febrero de 2010, por parte de la Fiscalía 27 UNAIM, y de esta manera, se confirmará la sentencia condenatoria respecto a Luque Barraza.

(...)

Por su parte, la defensa técnica de Clavijo Barbosa, argumenta la alzada, en relación a los siguientes puntos: (i) el Juzgador violó el principio de congruencia; (ii) el *a quo* se excedió en la tasación de la pena.

Al respecto esta Colegiatura responderá de la siguiente manera:

En relación con la presunta violación al principio de congruencia se tiene que la congruencia como principio estructurante del proceso y garantía, implica que la sentencia ha de guardar adecuada relación de conformidad con la resolución de acusación, en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico. La personal dice relación con la

²¹ Auto del 17 de agosto de 2011, M.P. Jorge Eliécer Mola Capera.

identidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, con la identidad de los hechos y circunstancias definidas en la acusación, y los que sirven de sustento al fallo y la jurídica, con la correspondencia entre la calificación, entendiendo por tal el juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica que contiene la acusación, y la que preside la sentencia²².

Bajo este contexto, se tiene que en el presente caso al procesado Clavijo Barbosa, le fue proferida Resolución en su contra, bajo los siguientes términos:

“...Juan Yamid Clavijo Barbosa. También conocido dentro de la organización como “Juancho”, se desempeñaba dentro de la organización como financiador de proyectos ilícitos. Sus contactos son Martha Pérez, Oswaldo Mallorquín, Alfredo Quintana, Yanet Rúa, Abel Chapman alias “El Campeón”...

Se evidencia su participación en los llamados eventos seis (6), siete (7), veinte (20), veintiuno (21), veintidós (22), veinticinco (25) y veintiséis (26)...” (Folios 111 al 113 C. de Fiscalía No. 9)

Por lo anterior, la Fiscalía acusó al encartado de la siguiente manera:

“...Proferir resolución de acusación en contra de...Juan Yamid Clavijo Barbosa...de condiciones personales y civiles conocidas, como coautores de la conducta punible de **concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**. Libro Segundo, Título XII, Capítulo Primero, Artículos 340 inciso segundo y 376 inciso primero, conforme se señala en la parte motiva de esta resolución...” (Folio 143 C. de Fiscalía No. 9). (Negritas fuera de texto).

Teniendo en cuenta el acogimiento a sentencia anticipada, el Juzgador condenó a Clavijo como coautor de las conductas punibles de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo.

Siendo así lo anterior, la Sala observa que el Juzgador de primera instancia no trasgredió el principio de congruencia, debido a que se condenó por los de delitos que fue acusado el procesado y a los que se acogió de manera libre, consciente y voluntaria.

Respecto a la inconformidad del censor en relación a la tasación de la pena, vale decir, que:

El *a quo* partió del delito mayor, que en este caso es el punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, contemplado en el inciso primero del artículo 376 del Código Penal, el cual comporta una pena de 8 a 20 años de prisión, y multa de 1.000 a 50.000 SMLV.

Así las cosas, la primera instancia estableció el ámbito de movilidad en 3 años correspondientes a $20-8=12/4=3$, y señalando los cuartos de la siguiente manera:

Primer cuarto: 8 a 11 años de prisión

Segundo cuarto: 11 a 17 años de prisión

Último cuarto: 17 a 20 años de prisión.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de noviembre de 2003, radicado 19.075 M.P. Mauro Solarte Portilla.

Asimismo, en vista que no se acusaron circunstancias de mayor punibilidad, la primera instancia se ubicó en el cuarto mínimo y fijó la pena por este punible en 8 años y 1 mes de prisión, o lo que es lo mismo, 97 meses de prisión.

Respecto al punible de concierto para delinquir agravado, la Sala observa que si bien el Juzgador de primer grado no describió taxativamente los cuartos, la Colegiatura lo hará para ilustrar la respuesta al recurrente.

Se tiene que el punible contemplado en el inciso segundo del artículo 340 contempla una pena de 8 a 18 años de prisión, o lo que es lo mismo, 96 a 216 meses de prisión, y multa de 2700 hasta 30.000 SMLMV.

Así pues, se establecen los cuartos de la siguiente forma:

$$216-96=120/4=30$$

Primer cuarto: De 96 a 126 meses de prisión

Segundo cuarto: De 126 a 156 meses de prisión.

Tercer cuarto: De 186 a 216 meses de prisión.

En virtud que se trata de un concurso de conductas punibles, aplicando lo dispuesto en el artículo 31 *ejudem*, el *a quo* tomó la pena para el delito más grave, esto es la del tipo de Tráfico, fabricación o porte de estupefacentes, la cual se señaló en líneas anteriores (97 meses de prisión) y la aumentó hasta en otro tanto, y así por el delito de concierto para delinquir agravado, le sumó 38 meses de prisión, fijando una pena definitiva de 135 meses de prisión. Sin embargo, como el procesado se acogió a sentencia anticipada antes de la vista pública, le otorgó un descuento del 30%, quedando la pena de prisión en **94 meses y 15 días de prisión**.

Respecto a la multa, el fallador tomó el delito que contempla la pena pecuniaria más grave, esto es, el del concierto para delinquir agravado, el cual establece una pena de multa de 2.700 a 30.000 SMLMV, estableciendo los cuartos así:

Primer cuarto: de 2.700 a 9.525 SMLMV

Los cuartos medios: de 9.256 a 23.175 SMLMV

Último cuarto: de 23.176 a 30.000 SMLMV.

Aplicando la posición descrita en líneas anteriores, el *a quo* fijó la pena de multa por este punible en 2.800 SMLMV y la adicionó en 200 SMLMV, por el otro tanto correspondiente a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacentes, y por el acogimiento a sentencia anticipada el *a quo* le otorgó una rebaja del 30% , quedando finalmente la pena de multa en 2.100 SMLMV.

La Colegiatura observa que se equivoca la censura al afirmar que el fallador de primer grado erró porque *“introdujo una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad al adicionar otro tanto”*, debido a que una cosa son las circunstancias de mayor punibilidad, contempladas en el artículo 58 del Código Penal, las cuales no fueron acusadas en el caso bajo examen, y otra muy diferente es el concurso de conductas punibles, evento que si se presentó en el presente asunto.

Así las cosas no le asiste razón al recurrente al manifestar que en la primera instancia se trasgredió el principio de congruencia y no le fue dosificada la pena a su prohijado de acuerdo al principio de legalidad.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 40 de C.P.P (ley 600 de 2000), artículo 376 del Código Penal, inciso segundo del artículo 340 C.P.,

FECHA: Octubre 29 de 2012

RADICACIÓN: 2012-00272-P-MC

DECISIÓN: No decreta nulidad invocada. Confirma sentencia de primera instancia.

COHECHO POR DAR U OFRECER–Materialidad de la conducta/**INFRACCIONES DE TRÁNSITO**–Pretenden evadirse a través del ofrecimiento de dádivas o dinero a los agentes encargados/ **PARTES RECURRENTES**–Su oportunidad se agota en la sustentación de la alzada correspondiente

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa Fáctica: En el presente caso, la Fiscalía y la Defensa apelan el auto mediante el cual el Juez A quo decidió no precluir el ejercicio de la acción penal, tal como había sido solicitado, pues consideran que si bien la conducta es típica y antijurídica, formalmente, más no materialmente, pues el dinero ofrecido a los policiales no alcanzaba a doblegar su voluntad.

Extractos: “Resulta que el asunto puesto a consideración de esta instancia se encuentra direccionado a establecerse si la decisión de no precluir la acción penal adelantada en contra del señor GUSTAVO MARTÍNEZ BENÍTEZ por el presunto antijurídico de COHECHO POR DAR U OFRECER, se encuentra ajustada a derecho, o si en su defecto, lo pertinente viene a ser revocar lo decidido y ordenar la preclusión de la acción penal.

Así las cosas, se tiene que dos son los argumentos basilares en los cuales sustenta la fiscalía su solicitud de preclusión de la acción penal; el primero, está cimentado en la supuesta falta de antijuridicidad material el bien jurídico tutelado por el legislador frente a la conducta desplegada por el procesado, ya que a su sentir la *“irrisoria suma de 50.000 no tiene la entidad para doblegar la voluntad del agente de la fuerza pública”*; y el segundo, en el hecho de que atendiendo la pena que introduce el tipo no viene a ser proporcional con la conducta desplegada, ya que la misma estaba orientada era a eximirse de la inmovilización del vehículo y las consecuencias derivable de esto y, por otro lado a evitar la sanción administrativa de la suspensión de la licencia de conducción –atendiendo el estado de embriaguez en el que se encontraba el encausado.

Ahora bien, en cuanto a la alzada propuesta por la bancada defensiva, atendiendo que se encuentra por parte de la Sala similitud argumentativa para con los alegatos impugnatorios de la fiscalía, deberá entenderse que el pronunciamiento que ahora se haga abarcara o desatara ambos recursos.

Dicho lo anterior, y para mayor claridad, resulta necesario traer a colación lo que la doctrina jurisprudencial ha dicho frente al tipo penal actualizado por el procesado con su comportamiento, en punto de establecerse si se afectó materialmente o no el bien jurídico que tutela el mismo y, una vez superado este análisis, en caso de que así suceda, procederemos a pronunciarlos frente a si resulta o no proporcional la pena a aplicar frente a los hechos por los cuales se solicita preclusión.

Al respeto, ha dicho la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado interno No. 17979 del 12 de Noviembre de 2003 y, en ponencia del Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

“4.8. El delito de cohecho por dar u ofrecer, en concordancia con los artículos 143 de 1980 y 407 del vigente, se configura con el simple hecho de ofrecerle dinero u otra utilidad al servidor público, para que retarde u omita un acto propio de su cargo, ejecute uno contrario a sus deberes oficiales o uno que deba realizar en el desempeño de sus funciones.”

Igualmente señaló la Corte en la sentencia No. 13155, en ponencia del Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL:

“No requiere la conducta, que el servidor reciba el dinero, la utilidad, o acepte la promesa remuneratoria, para omitir o retardar un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o uno que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, comportamientos que se tipifican y sancionan en otras disposiciones penales, las cuales definen los delitos de cohecho propio o impropio, de acuerdo con lo prometido por el funcionario; lo que la norma busca proteger es la inmaculación del bien jurídico administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función.

Precisamente por el cumplimiento de cualquier labor, sea esta pública o privada, como principios fundamentales, la Constitución Política ha establecido la igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social; la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad, los cuales, en el caso de los servidores oficiales, representan el beneficio patrimonial a cargo de la administración por los servicios a ella prestados, sin que haya lugar al recibo de más recompensa que el salario, la seguridad social y demás prestaciones sociales, o en algunos casos las costas, o tarifas cuyo cobro se autoriza por ciertos funcionarios como los notarios o registradores por los actos que realizan.

De ahí que el halago, la dádiva, la ofrenda, la oferta o entrega de dinero, o la utilidad, otorgados por el particular no en consideración a la persona del funcionario sino de su cargo, estén prohibidos penalmente, tanto para el particular que ofrece (art. 143 C.P.), como para el funcionario que recibe, pues es de entenderse, que así expresamente no se anuncie la intención que anima ofrecer de una parte y recibir de otra, de todas maneras, el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, y la percepción pública del favoritismo, se mantienen, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo.”

Citas jurisprudenciales de las cuales se extrae sin la necesidad de realizar mayores disquisiciones argumentativas, que lo que protege el legislador dentro de este capítulo del Código sustantivo en lo penal es la es la imagen inmaculada que debe tener el Estado frente al conglomerado social y, que para que se estructure el mismo o se colmen los requisitos del artículo 9º del mismo plexo normativo, no se requiere una determinada suma de dinero, o que el funcionario sujeto

pasivo de la dádiva u ofrecimiento la reciba o que se tengan unos u otros motivos para justificar el proceder, por cuanto tales distinciones no se encuentra normadas o no fueron condicionadas.

Por lo ser tiene que el simple ofrecimiento de la escasa cantidad de dinero, como pretende hacer ver el delegado del ente acusador y peticionario e impugnante dentro del presente asunto, como la irrisoria suma de 50.000 pesos, además de actualizar el tipo penal objeto de reproche, también vulnera tanto formal como materialmente el bien jurídico de la administración pública.

Ahora bien, en cuanto a si la pena en caso de una eventual condena viene o no a resultar proporcional dentro del presente asunto, encuentra la Sala que sí, por cuanto la conducta desplegada por el acusado muestra una total inobservancia o apatía frente a las autoridades y las normas que rigen el orden social, por cuanto además de ofrecer dinero a los agentes de tránsito para evitar las sanciones a las que inminentemente se veía expuesto, éste se encontraba conduciendo un vehículo destinado al servicio público en estado de alicoramamiento, incurriendo en el tipo por el cual hoy es llamado a juicio para evitar la inmovilización del automotor, el internamiento del automotor en el parqueadero del tránsito o también llamados los “patios” y, evitar la sanción administrativa de la suspensión de la licencia de conducir, afirmaciones estas que no son especulaciones de la Sala, por cuanto estas se extraen tanto de la solicitud de preclusión, como de las impugnaciones de ambos recurrentes –Fiscalía y defensa– quienes de manera abierta expresan cuales eran las intenciones del infractor de la norma como si las mismas fueran excusa o justificación suficiente para el comportamiento desplegado, por el contrario, muestran o demuestran que el encausado tenía conciencia de lo desviado de su conducta y que actuó como lo hizo pretendiendo burlar la justicia.

No se puede pasar por alto que los tiempos y las costumbres cambian, hoy por hoy existen países en los cuales la conducción de vehículos automotores en estado de alicoramamiento se constituye grave delito, y aunque esa no es la conducta que se reprocha aquí, si se quiso ocultar, tratando de pasar impune con el ofrecimiento dinerario al oficial de tránsito, por poco que este se considere, inclusive en Colombia empieza a debatirse en foros y pre-comisiones del congreso la posibilidad de penalizar gravemente estas conductas, pues el riesgo potencial a la vida de los coasociados, la que se pretende proteger.

Anteriormente o hace muchos años el número de vehículos en las calles y carreteras era mucho menor al que transitan hoy en día, de forma tal que los malos comportamientos en las vías se toleraban por la sociedad con cierta facilidad y los individuos de tránsito eran individuos menos regidos o rigurosos, pues era casi una costumbre aceptar dádivas de parte de los infractores para pasar por alto sus faltas, pero la mayor complejidad del mundo moderno, el exceso de congestión vehicular, la necesidad de estar un mayor número de personas, de automotores y de mayor tiempo en las vías, acrecienta el riesgo, ello impone entonces un cambio cuasi que cultural en el modo de ver las cosas, luego entonces todos estos comportamientos; cómo manejar en estado de embriaguez y ofrecer dádivas a los reguladores, impone un cambio de actitud en la sociedad, y así tanto en el ciudadano corriente o de a pie, que exige mayor respeto en los coasociados, como al administrador de justicia, que tiene que observar con mayor rigor a estas conductas; que a pesar de que casi siempre o de tiempo atrás están definidas en la ley como contravención la una y delito la otra, surge la necesidad de cambiar esa tolerancia laxa y rápida para sobrellevar, comprenderse o perdonarlas. Así muy pronto no se podrá salir a la calle en una ciudad virtualmente congestionada.

(...)

Escuchados los audios, observa la Sala, que la directora del proceso, después de dar paso a las sustentaciones de los recursos verticales propuestos y sustentados en tiempo y oportunidad tanto por la defensa como por la Fiscalía, vuelve a

darles el uso de la palabra al primero como no recurrente del segundo y viceversa, la cual riñe con las formas propias de ese tipo de trámites.

Al respecto ha dicho la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicado interno No. 11529, en ponencia del Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, veamos:

“Durante el término de traslado dispuesto para los sujetos no recurrentes, JORGE EDUARDO NÚÑEZ HERNÁNDEZ allegó un muy extenso escrito dentro del cual le hace algunos cargos al fallo impugnado. Dicho libelo, desde luego, no será tenido en cuenta por la Corte, conforme lo culmina con acierto sugiriendo el Procurador Delegado, pues, de una parte, como su propio nombre lo explica, la puesta a disposición del expediente una vez vencido el lapso destinado al material aporte de la demanda por quien oportunamente se ha opuesto al fallo, lo es para aquellos sujetos que no han impetrado el recurso extraordinario y no para quienes, como el imputado, estando representado por su abogado, a través de éste allegó la respectiva sustentación casacional, máxime cuando no le es dable en situación semejante, implícitamente invocar una doble condición que desde luego no podría tener, esto es, la de ser sujeto recurrente y no recurrente.”

Es decir, el que recurre o apela e interviene para ello, agota allí el derecho a transmitir toda su opinión o postura frente al tema de debate, no siendo necesaria una nueva intervención como no recurrente.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 17979 12 de Noviembre de 2003, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, No. 13155, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y No. 11529 M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

FECHA: 26 de octubre de 2012

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2010-04796-01/2012-256-P-CR

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

HOMICIDIO CULPOSO–Materialidad de la conducta/**MEDIOS DE PRUEBA**–Su valoración en conjunto no permite colegir la existencia inequívoca de responsabilidad penal/**CULPA DE LA VÍCTIMA**–Su actuar imprudente pudo tener incidencia en la producción del daño causado /**DUDA PROBATORIA**–A favor del reo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso se estudia la apelación interpuesta por la defensa del procesado por homicidio culposo quien dio muerte a dos personas en un accidente de tránsito a la altura del kilómetro 70 de la vía Barranquilla–Cartagena, imponiendo condena por este reato el Juez A quo, empero, el recurrente considera que existen elementos probatorios en el plenario que no ofrecen certeza de la comisión de la conducta.

Extractos: “...del análisis de las declaraciones, y de las pruebas documentales o fotográficas arrimadas a la carpeta, el Colegiado se encuentra frente a la duda en este aspecto, habida cuenta que si bien existen testimonios que afirman la existencia de dos conos e inclusive un arbusto colocados en la vía a una distancia superior a los cincuenta (50) metros del lugar donde se encontraban aparcados los camiones, con ocasión a la avería de uno de ellos, también existen declaraciones que desmienten tales afirmaciones, disonancia a la que se debe sumar dos situaciones que no pueden ser pasadas por alto; la primera, que revisado el informe de accidente de tránsito y las declaraciones de los policiales que participaron en el levantamiento del croquis, manifiestan no haber encontrado ninguna rama en el camino, ni ningún

como diferente a aquel que se ubica a una distancia no superior a los cinco (5) metros de la volqueta impactada, el cual se presume fue puesto allí por algún tercero, no involucrado en el siniestro; y el segundo punto a tener en cuenta, viene a ser que no existe ni en el registro del accidente de tránsito, ni materialmente en el lugar de los hechos, lo que se denomina la “huella de frenado”, lo que da a entender que no existió en el camino ninguna circunstancia permitiera al procesado percibir el peligro que se encontraba delante de sí.

Es decir, si en gracia de discusión se aceptara la tesis de que el señor Caro Guette el día del siniestro se desplazaba a una velocidad por fuera de los límites legalmente permitidos y que en razón de ello no tuvo tiempo de evitar el insuceso que hoy lo vincula a un proceso penal, por lo menos debería existir en el pavimento una marca del arrastre de las llantas al momento de activarse el freno, por cuanto riñe con las reglas de la lógica, la experiencia y de la sana crítica, que éste, hubiera arrollado con una anticipación de por lo menos cincuenta (50) metros, los dos (2) conos de advertencia de una dimensión superior a los ordinarios y un arbusto, y que ni aun así se hubiese siquiera accionado el pedal del freno del vehículo liviano que conducía.

Situaciones estas que obligan a la conclusión indefectible de la inutilización de los mentados elementos en la carretera como señales preventiva de un obstáculo, o por lo menos crea la duda insalvable frente a lo mismo. Es más, ni siquiera el dicho del señor Samuel Delgado llega a disipar esa incertidumbre, por cuanto que si bien éste alega haber colocado las señales de advertencia, que ahora se extrañan probatoriamente, lo cierto es que no se encontraba presente a la hora de los fatídicos hechos, por lo que de dársele credibilidad a su dicho, nada obsta para que hayan podido ser retirados tales artículos por las hoy víctimas fatales de los hechos momentos después de su partida, por una u otra situación.

Una vez abordado y agotado el tema de si existían o no los elementos preventivos en la vía, procederemos a desatar la controversia que se presenta referente a si el lugar estaba o no iluminado y en caso de que efectivamente lo estuviera, si la luz tenía la capacidad suficiente para mostrar las volquetas detenidas en la carretera.

Ante esto mucho se dice en las diferentes declaraciones traídas a juicio por parte de la Fiscalía; el arquitecto Jhonny Camacho, entre otros, señala que a pesar de haber pasado por el lugar de los hechos antes de que ocurriera el accidente y cuando aún existía luz natural, ya en el sitio se encontraba encendida una luz que se encuentra ubicada a la entrada del condominio “Punta Cangrejo”; por su parte el señor Euclides García Velandía, dice que lo que allí se encuentra es “reflector” no un bobillo, y que por su experiencia vendiendo artículos de esa clase tiene la entidad suficiente para iluminar todo el lugar; no obstante esto, lo agentes de la policía que llegaron al lugar de los hechos, son categóricos cuando afirman que el lugar estaba completamente oscuro, al punto que se necesitó hacer uso de los vehículos allí presentes para poder registrar fotográficamente el lugar, y para poder levantar el necesarios croquis del accidente de tránsito.

Declaraciones estas ante las cuales la Sala debe indiscutiblemente inclinarse a las versiones depuestas por los uniformados, por cuanto que a diferencia de los dos primeros, no tienen ningún vínculo para con las personas inmersas en el accidente de tránsito, ya que el señor García Velandía, era empleador de los interfectos, y el señor Camacho, mantiene relaciones comerciales para con éste último, mientras que los agentes de la fuerza pública el único interés que tienen dentro del presente asunto es aquel que los obliga constitucional y legalmente a ser imparciales como impone su deber funcional.

Aunado a lo anterior, y en refuerzo del análisis que aquí se desarrolla, una vez revisados los registros fotográficos aducidos en la carpeta y obrantes también en un disco compacto, más exactamente las fotografías nos. 11, 12 y 13 del

medio magnético, lo cierto es que a simple vista se observa que no es más que un foco regular o corriente, y que efectivamente los policiales tuvieron que hacer uso de las luminarias de los vehículos con los que contaban en ese momento en punto de poder realizar el croquis y el levantamiento de los cadáveres.

Igualmente, no existe certeza a la fecha de si al momento preciso del lamentable accidente éste foco se encontraba encendido, o si la capacidad del mismo era suficiente para iluminar el lugar a tal punto de que los vehículos detenidos pudieran ser vistos o advertidos con facilidad por cualquier desprevenido conductor, duda esta que hubiese podido ser superada con un poco más de diligencia en el desarrollo del programa metodológico del ente acusador, quien pudo en desarrollo del mismo entrevistar a la persona encargada del encendido y apagado de la citada luz, a fin de establecer si el día y hora de los hechos se encontraba prendida, como también se hubiese podido determinar, comprendido en “watts” o potencia luminaria, cuál era la capacidad de la luminaria, a fin de establecer técnica y científicamente si esta tenía la entidad suficiente para resguardar bajo su manto de luz el punto en el que se encontraban aparcados los vehículos, labor que al no ser desplegada, termina por imperar la duda también en este punto.

Es más, deberá advertirse que precisamente la hora crepuscular que tiene lugar entre un poco más de las 5:50 p.m., pasado meridiano de la tarde cuando “*el Sol se pone en el horizonte*” y a las 6:20 aproximadamente con pequeñas variables en este hemisferio de la tierra, es precisamente una de las horas o momentos de menor visibilidad particularmente en carretera, y de que no existe oscuridad suficiente para que las luces de los vehículos o las artificiales de postes (que no los había), o inmuebles circunvecinos, permitan una mayor o buena visibilidad, pero tampoco la escasa luz solar o crepuscular permite considerar u observar con buena perspectiva de visibilidad, ello lo corroboran las siguientes consideraciones científicas:

Observamos en los gráficos anteriores la tendencia de los accidentes de tráfico en las horas del crepúsculo, a partir de Octubre se produce una clara tendencia al alza que paulatinamente desciende hasta los meses de primavera. El registro más alto de accidentes se da entre los meses de Octubre a Febrero, a excepción de un repunte en Agosto, explicable por el elevado número de desplazamientos en ese mes.

Una de las explicaciones que encontramos al incremento de accidentes en horas crepusculares en otoño y en invierno es la posición del sol respecto a la tierra en la latitud que nos encontramos, esto hace que la duración de la puesta y salida del sol se alargue en el tiempo.²³

Finalmente, en cuanto al tema de si el procesado se desplazaba o no a exceso de velocidad al momento del accidente, existen dos posiciones emitidas por expertos las cuales tienen resultados finalmente disimiles, el primer experticio es aquel que es traído a juicio por la Fiscalía a través del Master en Física, Dr. Ismael Piñeres, quien hace parte de la Facultad de ciencias básicas de la Universidad del Atlántico, el cual concluye en su peritaje que el vehículo del procesado se desplazaba a una velocidad aproximada de 125 Km/hora, no obstante tal resultado físico tiene un margen de error entre el 5 al 10% o tal vez un poco más, también se resalta de su dicho, que manifiesta haber llegado al cálculo antes referenciado bajo un **supuesto inexistente** como lo es la huella de frenado, ya que la misma, tal y como se encuentra demostrado no existió en el lugar de los hechos, experto este en la materia quien además aduce que el impacto fue netamente frontal para el vehículo liviano con la parte trasera del automóvil de mayor dimensión.

²³ <http://www.race.es/seguridad-vial/informes>

Por otro lado, encontramos el dictamen del igualmente Master en Física Diego López Morales, quien es traído a juicio por parte de la defensa, quien determina en su pericia e inclusive lo llega a afirmar sin que quepa duda al respecto, que de las pruebas recaudadas y del croquis puesto a su disposición se extrae sin lugar a equívocos que la velocidad a la que se desplazaba el procesado al momento del accidente oscila entre los 76 y 84 km/hora, que el impacto fue en la parte frontal del lado del copiloto, y que en razón a eso es la posición final del mismo, y que según su experiencia, que no puede desconocerse no es poca, en caso de que el desplazamiento superara los 100 Km/hora, la suerte del procesado hubiera sido otra, y el estado del automóvil por él conducido, hubiere sido peor.

Siendo esta última pericia a la que se apega la Sala, por cuanto además de no tener supuestos, analizados ambos

dictámenes este es el que presta mayor credibilidad, ya que revisadas las fotografías discriminadas con los números 6, 7, y 8 de la carpeta de nombre, fotos originales del disco compacto obrante entre folios 106 y 107, se tiene que el daño que sufrió el vehículo que conducía el procesado se encuentra alojado en la parte frontal del lado del copiloto precisamente, y en la parte lateral del mismo costado, situación ésta que sumada a las ya dichas, obligan a dar mayor credibilidad y precisión al dicho del uno y no del otro, siendo para este caso el criterio que se acoge el del perito de la bancada defensiva.

Aunado a todo lo antes dicho aquí deberán resaltarse varias situaciones en punto de la decisión que se está por tomar; la primera, que resulta cierto he indiscutible que la volqueta de placas LOL 666, se encontraba estacionada en la vía desde aproximadamente las 3.30 p.m., del día en que ocurrieron los hechos, situación que se corrobora con el dicho de los señores Molineros Vitoria, Cepeda Sarabia y con el del mismo García Vitoria, los dos primeros por cuanto manifiestan haberla visto cuando pasaron por el lugar a esa hora aproximadamente, y el último por cuando dice fue informado de la avería de su automotor por parte de uno de sus empleados, lo que lleva a la conclusión inequívoca que duró estacionada en la berma y por fuera ella por más de tres (3) horas, lo que excede en demasía el término de treinta (30) minutos que concede el Código Nacional de Tránsito en su artículo 79 y que a saber enseña:

“ARTÍCULO 79. ESTACIONAMIENTO EN VÍA PÚBLICA.

No se deben reparar vehículos en vías públicas, parques, aceras, sino en caso de reparaciones de emergencia, o bajo absoluta imposibilidad física de mover el vehículo. En caso de reparaciones en vía pública, deberán colocarse señales visibles y el vehículo se estacionará a la derecha de la vía en la siguiente forma.

En los perímetros rurales, fuera de la zona transitable de los vehículos, colocando señales de peligro a distancia entre cincuenta (50) y cien (100) metros adelante y atrás del vehículo.

Cuando corresponda a zonas de estacionamiento prohibido, sólo podrá permanecer el tiempo necesario para su remolque, que no podrá ser superior a treinta (30) minutos. (...) (Subraya y negrilla para resaltar)

Igualmente no puede pasarse por alto la impericia tanto del señor Samuel Delgado Jaimes, como de las dos víctimas fatales de los hechos, quienes tal y como se escucha dentro del consecutivo del audio No. 12479, proceden a desvarar el vehículo de placas LOL 666, haciendo un cambio de llantas con la volqueta de placas LOK 403, es decir, proceden a retirar una rueda en buen estado de éste último para instalársela al volcú que se encontraba averiado y cargado por necesitar absoluta estabilidad en razón de su peso adicional, lo cual es una operación que riñe, desde todo punto de vista

con el deber objetivo de cuidado que implica la actividad de conducir vehículos, máxime de las dimensiones de las volquetas, más aun cuando tal ejercicio lo realizan en plena carretera, o invadiendo parte sustancial de la calzada, de la vía.

Siendo esta sin lugar a dudas la razón por la cual el vehículo de placas LOK 403 se encuentra sin una de sus ruedas traseras, ya que si aprecia en las fotografías militantes a folios y en el disco compacto de las mismas, el camión que en principio se averió tiene todas las llantas en perfecto estado, mientras que el de atrás, aquel que vino a auxiliar tiene la llanta trasera del lado del copiloto desinflada, y otra en el piso en perfecto estado, sin aparente falencia, es decir, la llanta en principio averiada se retiró del volcó cargado y se posó en la parte trasera interna del vehículo por cuanto resulta indiscutible que allí hacia menos falta en punto de la estabilidad, y debió ser en el momento en que se procedía a colocar la rueda en buen estado en la parte trasera del mentado eje cuando ocurrió el fatal accidente, lo cual se encuentra acorde con el peritazgo de la defensa y la reconstrucción que con ocasión al dictamen hicieran.

En suma se tiene que, el vehículo, que dio lugar al accidente, se estacionó visiblemente por fuera de la berma, ocupando con su estructura parte de la vía carretable, inclusive casi la mitad de la misma, siendo esta una violación flagrante de las normas que rigen la materia, por cuanto tal y como se observó en el artículo antes citado solo aquellos vehículos averiados son los que tienen un tiempo de gracia para estacionarse en lugares prohibidos para ello, y a pesar de inobservar tal directriz lo hace de manera ampliamente irregular, no aceptándose el dicho del señor Delgado Jaimes, de que no había otro lugar en el cual hubieran podido aparcar, por cuanto salta de busto de la simple ojeada de las fotografías aducidas en juicio y del croquis que hicieran los agentes de la policía que, a tan solo pocos metros del lugar del accidente, a la entrada del condominio "Punta Cangrejo", existe una media luna o terreno que permite detenerse sin la más mínima obstrucción de la zona de tránsito de vehículos.

Aquí vale la reflexión de que si el vehículo pesado tipo volqueta no podía orillarse lo suficiente para garantizar una posición segura para sí mismo, sus tripulantes y el resto de las personas, siendo precisamente los demás conductores o usuarios de la vía, por qué razón los señores Valenzuela Ventura y Ferreira Carreño no se abstuvieron de adelantar las pretendidas reparaciones en plena vía asumiendo un riesgo insoslayable y poniendo en peligro inclusive los demás automotores transeúntes de la vía; ello entraña o abarca la teoría de la culpa exclusiva de la víctima, que según la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de abril del 2011, Subsección B, Expediente 20.441; *"... no se requiere, para configurar la culpa exclusiva de la víctima, que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo"*.

(...)

Por lo que la Sala en interpretación y aplicación de la teoría actual a la luz de la dogmática moderna, no podría admitir responsabilidad del encartado, de forma apriorística o inmediata como lo dedujo la Fiscalía y lo concibió el Juzgado."

FUENTE NORMATIVA: Código Nacional de Tránsito, artículo 79; Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 13 de abril del 2011, Subsección B, Expediente 20.441

FECHA: Noviembre 2 de 2012

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2009-80429-01/ 2012-00171-P-CR

DECISIÓN: Revoco sentencia de primera instancia. Absuelve por duda al procesado.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE TUTELA–No procede para el reconocimiento de derechos legales/**DERECHOS PRESTACIONALES**–
Deben reclamarse a través de las acciones judiciales ordinarias que prevé la ley/**RELIQUIDACIÓN
PENSIONAL**–Su indexación es asunto que está por fuera de la órbita del juez constitucional

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA, Sala Penal

Causa fáctica. En el presente caso la parte actora, pretende que a través del ejercicio de la acción de tutela se reconozca la indexación de la primera mesada pensional, la cual ya había sido objeto de reliquidación por parte de la accionada, y estiman que le está siendo conculcados por esta omisión su derecho fundamental a la igualdad porque manifiestan que a otros pensionados les fue reconocido este beneficio a través del amparo de tutela.

Extractos: “La acción de tutela es un mecanismo judicial constitucional de carácter **residual** y **subsidiario**, por lo mismo no tiene la vocación de ser una instancia adicional para los procedimientos que la ley ha establecido o para sustituir las vías ordinarias. Es decir, que el derecho de amparo no es una vía paralela para darle trámite a causas que tienen una vía especial ni para pretender obtener una respuesta más ágil a las solicitudes de los ciudadanos e ignorar los ritos que cada causa tiene.

No es posible ventilar una solicitud de indexación del reajuste pensional por vía de amparo ya que el trámite constitucional no tiene por objeto la concesión de beneficios económicos (que son derechos de rango legal) sino el estudio de presuntas violaciones a garantías de categoría constitucional.

De igual manera, se equivoca la censura al insistir mediante el trámite de tutela obtener el reconocimiento de una prestación económica, más aún cuando la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en precisar que por vía de amparo es improcedente la concesión de pensiones o reliquidaciones de éstas, sobre todo, que en este caso, la entidad accionada reconoció el reajuste pensional a los demandantes y estos solicitan a través del presente amparo es la indexación del reajuste, por lo tanto, no es posible que la jurisdicción constitucional invada esa órbita o competencia reglada.

Por lo anterior, tenemos que el reconocimiento de reajuste pensional concedido a los accionantes se efectuó a través de procesos laborales, por lo tanto, si consideran que se les debió actualizar la moneda, éstos cuentan aún con la jurisdicción ordinaria laboral a fin de ventilar dicha pretensión en un escenario idóneo, ante un Juez competente, aportar y controvertir pruebas, aunado a que con la implementación de la oralidad en la mencionada jurisdicción, el tiempo en dirimirse las controversias no se extiende tanto.

Aunque la Corte Constitucional en sentencias de tutela reciente abrió la posibilidad para que por medio del trámite de tutela se concedan. Esta postura jurídica, es una excepción a la regla y que, como toda excepción debe ser probada por quien la pretenda hacer valer, plantea que sólo es posible conceder el reconocimiento de prestaciones económicas a favor del accionante que se encuentre en una situación de *perjuicio irremediable* que se encuentre debidamente acreditado tanto fáctica como jurídicamente y que cumpla con los siguientes requisitos:

A) El perjuicio ha de ser *inminente*: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia. C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea *grave*, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes. D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos..."²⁴

En ese orden de ideas, la Sala no observa que los actores reúnan los requisitos arriba mencionados por lo que mal haría al revocar el fallo de primer nivel y conceder el amparo deprecado, ya que tanto en el escrito de tutela como en la impugnación los accionantes, nunca alegaron, ni probaron la existencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, se concluye que los libelistas cuentan con medios ordinarios realmente idóneos para hacer efectivos los derechos presuntamente vulnerados, cuya protección deprecada en sede de tutela, no siendo esta vía judicial la idónea para hacerlos efectivos."

FUENTE NORMATIVA:

FECHA: 4 de Octubre de 2012

ACCIONANTE: Gregorio Coronell Jiménez y otros

ACCIONADO: Secretario General de la Gobernación del Atlántico

RADICACIÓN: 2012-00294-T-MC

DECISIÓN: Confirma Fallo de Primera Instancia.

²⁴Sentencia T-702 de 2008.

ACCIÓN POPULAR–Mecanismo para la protección de derechos colectivos/**DISMINUIDOS Y LIMITADOS FÍSICOS**–Protección especial del Estado en materia de movilidad/ **INCENTIVO EN ACCIONES POPULARES**–Su regulación se rige por las normas sustantivas y no procesales contenidas en la Ley 472 de 1998/**INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO**–Derogatoria contenida en la Ley 1425 de 2010

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI, Sala Civil-Familia

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se desinstalen los torniquetes de los buses de servicio público de propiedad de la demandada, solicitud a la cual accedió el Juez A-quo, empero, éste negó el incentivo económico consagrado en la normatividad especial por la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010 que derogó dicha figura.

Extractos: “El señor JUAN CARLOS VARGAS, actuando en nombre propio, acude a la justicia mediante este mecanismo jurídico, en calidad del cliente de la entidad accionada, para solicitar entre otras pretensiones, se ordene sean desinstalados los llamados “torniquetes”, por el inconveniente que generan a las personas con limitaciones físicas al momento de ingresar a los vehículos de transporte público, pretensión que fue acogida por el A quo, y sobre la cual está cimentado el primer asunto de esta apelación.

El artículo 47 de la Constitución Política le impone al Estado la obligación de adelantar una política de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y la de prestarles la atención especializada que requieran. La norma es del siguiente tenor literal.

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

En desarrollo del artículo 47 C.P. se expidió la Ley 361 de 1997 cuyos artículos 43, 46 y 55 buscan adecuar los complejos viales y los medios de transporte, para facilitar la accesibilidad de las personas discapacitadas o con alguna limitación en su modalidad. Su tenor literal es el siguiente.

“Artículo 43. El presente título establece las normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, sea ésta temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo limitación o enfermedad. Así mismo se busca suprimir y evitar toda clase de barreras físicas en el diseño y ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliario urbano, así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada.

Lo dispuesto en este título se aplica así mismo a los medios de transporte e instalaciones complementarias de los mismos y a los medios de comunicación.

Parágrafo, Los espacios y ambientes descritos en los artículos siguientes, deberán adecuarse, diseñarse y construirse de manera que se facilite el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación”

Mas adelante, señala:

“Artículo 46. La accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado y por lo tanto deberá ser tenida en cuenta por los organismos públicos o privados en la ejecución de dichos servicios.

El Gobierno reglamentará la proyección, coordinación y ejecución de las políticas en materia de accesibilidad y velará porque se promueva la cobertura nacional de este servicio.

Artículo 55. En todo complejo vial y/o medio de transporte masivo, incluidos los puentes peatonales, túneles o estaciones que se construyan en el territorio nacional, se deberá facilitar la circulación de las personas a que se refiere la presente ley, planeando e instalando rampas o elevadores con acabados de material antideslizante que permitan movilizarse de un lugar a otro y deberán contar con la señalización respectiva».

La Honorable Corte Constitucional, ha expresado también en varias oportunidades, la protección especial que el estado debe brindar a las personas con limitaciones físicas, así lo dejó sentado en sentencia T-988 de 2007:

“Lo expuesto lleva a resaltar el interés del Estado colombiano – acogido de manera expresa en el texto constitucional y reforzado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos –, de ofrecer una protección especial a las personas discapacitadas colocadas, muchas de ellas, por razón de sus limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales en situación manifiesta de debilidad. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido también de manera reiterada en esa protección. Ha dicho al respecto, que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en circunstancia de indefensión bien sea por razones físicas mentales o sensoriales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria. Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar – en la medida de lo factible – esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas y propender por su efectiva integración a la sociedad”

Es preciso mencionar, que en el caso concreto se encuentra acreditada la necesidad de desinstalar los llamados “torniquetes” para asegurar que la movilidad de los pasajeros dentro de los vehículos de transporte público se produzca en condiciones seguras y para garantizar el acceso de las personas discapacitadas; tanto el dictamen pericial como la inspección ocular que se realizó dio cuentas de estas circunstancias

Con los anteriores precedentes, este Tribunal en miras a garantizar la protección de los derechos de las personas con limitaciones físicas o problemas de movilidad al acceso a los servicios públicos, debe confirmar la sentencia en lo relativo a la orden de desinstalar dentro de un término no superior a dos (2) meses, los dispositivos de control de pasajeros y así no seguir obstaculizando la entrada y salida de pasajeros.

Por otra parte, con relación al incentivo económico contemplado en el artículo 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, hoy derogado por la ley 1425 de 2010, vigentes en el momento de la presentación de la acción popular, es necesario advertir que las normas que regulan lo concerniente a la protección de los derechos colectivos y al medio ambiente, así como el consecuencial incentivo, en los casos en que se demuestre la vulneración de dichos derechos, son eminentemente sustantivas.

Es así, como la naturaleza jurídica de dichas normas fue precisada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta del Consejo de Estado, donde se indicó.

“Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos, o recopilaciones de disposiciones legales”(Consejo de Estado, sección cuarta, Sentencia del 29 de Noviembre de 1998, exp. 1874)

Establecida la naturaleza de las normas, se sigue la regla general de interpretación y aplicación, es decir que en situaciones reguladoras en leyes sustanciales debe aplicarse la ley vigente al momento de iniciarse el proceso, garantizando así la efectividad de principios como el de seguridad y la garantía de ser juzgado con la normatividad preexistente al hecho que se le imputa.

La derogatoria contenida en la Ley 1425 de 2010, cubre aquellos asuntos litigiosos que aún siendo anteriores a dicha ley, no están en trámite judicial, pero no puede hacerse extensiva a los procesos en curso sin menoscabo de los derechos fundamentales de las partes y principios esenciales de nuestro Estado Social de Derecho.

Así las cosas, y por haberse declarado la vulneración de los derechos colectivos, y al medio ambiente por parte de la entidad accionada, necesariamente debe imponerse el incentivo como consecuencia jurídica obligada y propia de la declaración anterior, por expresa disposición del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, por lo cual se fijará al actor popular un incentivo de diez (10) salarios mínimos mensuales legales.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 47 de la Constitución Política, Ley 361 de 1997, artículos 43, 46 y 55, Sentencia T-988 de 2007 Corte Constitucional, Ley 1425 de 2010 y artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

ACCIONANTE: Juan Carlos Vargas Sánchez

ACCIONADO: Cooperativa de Transportes Multiactiva del Área Metropolitana De Barranquilla (Cooasotlan)

RADICACIÓN: 36.701

FECHA: 16 de noviembre de 2012

DECISIÓN: Confirmar numerales 1º y 2º de la sentencia apelada. Revoca numeral 3º. Ordena conceder incentivo al actor popular.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
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 008 – DICIEMBRE DE 2012

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

ACCIÓN DE TUTELA–No procede para el reconocimiento de derechos legales/**DERECHOS PRESTACIONALES**– Deben reclamarse a través de las acciones judiciales ordinarias que prevé la ley/**RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**–Su indexación es asunto que está por fuera de la órbita del juez constitucional. *Página 39.*

ACCIÓN POPULAR–Mecanismo para la protección de derechos colectivos/**DISMINUIDOS Y LIMITADOS FÍSICOS**– Protección especial del Estado en materia de movilidad/ **INCENTIVO EN ACCIONES POPULARES**–Su regulación se rige por las normas sustantivas y no procesales contenidas en la Ley 472 de 1998/**INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO**–Derogatoria contenida en la Ley 1425 de 2010. *Página 41.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO–Requisitos/**FALSA TRADICIÓN**– Aquella que es derivada de quien no tiene un legítimo título traslativo de dominio/**ACTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES BALDÍOS**– Su control jurisdiccional corresponde al juez contencioso administrativo/**RESGUARDO INDIGENA**–Concepto/**INCORA**– No puede ejercer actos de señor y dueño. *Página 6.*

COHECHO POR DAR U OFRECER–Materialidad de la conducta/**INFRACCIONES DE TRÁNSITO**–Pretenden evadirse a través del ofrecimiento de dádivas o dinero a los agentes encargados/ **PARTES RECURRENTE**–Su oportunidad se agota en la sustentación de la alzada correspondiente. *Página 31.*

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SINDICATOS–Procedimiento sumario/**CARGA DE LA PRUEBA**–Regla general/**NULIDAD PROCESAL**–Omisión en la práctica de pruebas dentro del proceso/**DEBIDO PROCESO**–Se vulnera esta garantía fundamental cuando el juez se aparta de las ritualidades procesales del juicio. *Página 17.*

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES–Naturaleza Jurídica/**CARGA DE LA PRUEBA**–La asumió el actor cuando demostró a través de documentos la ininterrumpida prestación de servicios a las empresas en misión/**CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO**–Surgió por el exceso en la temporalidad de las funciones del demandante. *Página 20.*

HOMICIDIO CULPOSO–Materialidad de la conducta/**MEDIOS DE PRUEBA**–Su valoración en conjunto no permite colegir la existencia inequívoca de responsabilidad penal/**CULPA DE LA VÍCTIMA**–Su actuar imprudente pudo tener incidencia en la producción del daño causado /**DUDA PROBATORIA**–A favor del reo.
Página 34.

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ENTIDADES CON INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA–Procedencia/**TOMA DE POSESIÓN PARA ADMINISTRAR**–No impide que la entidad cumpla con sus obligaciones contractuales previas a la decisión administrativa/**DINEROS CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA**– No son excluidos para el pago de obligaciones de la entidad intervenida. *Página 12*

NULIDADES PROCESALES–Requisitos para su procedencia según la jurisprudencia/ **SENTENCIA ANTICIPADA**–Causales para su impugnación/**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO PENAL**–Características/**TASACIÓN DE LA PENA**–Máximos y mínimos. *Página 26.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL–Derivada del ejercicio de actividades peligrosas/ **EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE VIGILANCIA PRIVADA**–Su actividad engendra una presunción de culpa reforzada/**USO DE ARMAS DE FUEGO**–Deber objetivo de cuidado en su uso y manipulación/**RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR**– Bajo los presupuestos de la culpa *In Vigilando e In Eligendo*/**CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD**–No fueron demostradas por la entidad demandada. *Página 1.*