

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
BOLETÍN JURÍDICO NÚMERO 004 – AGOSTO DE 2012

PRESENTACIÓN

En esta oportunidad queremos resaltar la importante participación de las diferentes Salas Especializadas de esta Corporación, quienes con su aporte hacen posible la emisión de este boletín jurídico, órgano de divulgación de las decisiones judiciales del máximo organismo judicial de este Distrito.

En esta nueva entrega, el boletín trae temas muy interesantes y de gran actualidad, cuyas reseñas permite analizar los principales argumentos de los Magistrados Sustanciadores, así como el planteamiento y solución a los diferentes problemas jurídicos materia de debate judicial.

En esta edición, encontraran decisiones relacionadas con temas enmarcados dentro del derecho comercial, probatorio y la responsabilidad contractual de las instituciones educativas, en cuanto a la Sala Civil-Familia se refiere.

Por su parte, la Sala Laboral desarrolló en esta oportunidad temas relacionados con el proceso ejecutivo laboral, materia en la cual los Tribunales Superiores de Distrito Judicial somos órganos de cierre, así como temas de seguridad social en el régimen pensional de alto riesgo, materia que no es pacífica en la jurisprudencia.

Nuestra Sala Penal asumió el conocimiento de decisiones trascendentales y que tuvieron mucha incidencia en la sociedad barranquillera, por el tipo de delitos que tuvieron bajo su estudio y el impacto que estos producen en la comunidad, así por la publicidad que de éstos se desprenden.

Todo lo anterior, sin dejar pasar la posición de esta Corporación al asumir el conocimiento de las acciones de raigambre constitucional como la acción de tutela y las acciones populares, mecanismos procesales para hacer efectivos derechos de carácter fundamental y colectivos de los ciudadanos.

Finalmente, aprovechamos para hacer extensiva la invitación a todos aquellos funcionarios que aún no se han vinculado con esta actividad, para que con su aporte hagan más grande esta labor académica, pues estamos seguros que son valiosos los argumentos vertidos en sus decisiones judiciales, y que deseamos dar a conocer a toda la comunidad jurídica de este Distrito Judicial.

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora Tribunal Superior de Barranquilla

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1. SALA CIVIL-FAMILIA

NULIDADES PROCESALES INSANEABLES–Falta de jurisdicción/ **REGISTRO MERCANTIL**–Naturaleza Jurídica/ **NULIDAD DEL REGISTRO MERCANTIL**–Por tratarse de un acto administrativo particular corresponde su conocimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI

Causa fáctica: En el presente caso, el demandante solicita que se decrete la nulidad de registros mercantiles, y que se declare que éstos han sido simulados y falsos por su contraparte, y que ésta no ha cumplido con los requisitos de ley para la conformación del establecimiento de comercio que organizaron con base en ellos.

Extractos: “**3.1.** La regulación del régimen de las nulidades es un asunto que atañe en principio al Legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que la generan, a efectos de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso, tipificando como causales de nulidad de las actuaciones judiciales, las circunstancias que en su consideración se erigen en vicios que impiden que aquel exista.

Las nulidades procesales atañen a irregularidades en el proceso judicial, por lo tanto, en ellas sólo se examina si el procedimiento encaminado a hacer efectivo el derecho está o no viciado. Los principios de especificidad o taxatividad, trascendencia, protección y convalidación rigen toda la regulación y aplicación de las nulidades.

Cabe anotar que conforme al principio de especialidad, no hay defecto capaz de estructurar una nulidad sin que la ley taxativamente lo señale, así mismo excluye la analogía para declarar las nulidades, lo que nos indica que no es posible extenderlas a irregularidades diferentes no previstas en dichas categorías por el legislador.

Dispone el artículo 145 C.P.C. “En cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe...”

A su turno el artículo 140 ibidem, precisa que el proceso es nulo en todo o en parte solamente en los siguientes casos.
“...1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción...”

Viene expuesto por la Corte Suprema de Justicia respecto de esta nulidad.

“...En relación con la falta de jurisdicción como causal de nulidad, es menester recordar que para efectos del racional ejercicio de la administración de justicia, ella, la jurisdicción, se reparte entre diversas “jurisdicciones”. Planteamiento

que la Corte presenta de esta manera para denotar de entrada que el término “jurisdicción” es empleado acá en dos sentidos ya que comprende no sólo la función de impartir justicia mediante la aplicación del derecho a un caso concreto (decir el derecho), lo que implica que la jurisdicción sea, en este sentido, una, sino también en ese otro sentido a que atiende la causal 1ª de nulidad, y por el que suele decirse, por ejemplo, que la jurisdicción que más materias abarca es la común u ordinaria, que se ocupa de las controversias civiles, comerciales, familiares, laborales, penales y agrarias, al paso que las demás (contencioso administrativa, constitucional, indígena, etc.) forman cada una compartimientos estancos y distintos entre sí. Esta clasificación de jurisdicción ordinaria o común y demás jurisdicciones (que antes solían denominarse jurisdicciones especiales) es además la que adoptó la Constitución Política dado que en su artículo 234 (capítulo 2 del Título VIII) establece que es la Corte Suprema de Justicia “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” al paso que en capítulos siguientes de ese título consagra otras jurisdicciones como la contencioso administrativa, la constitucional y otras más, distintas de las anteriores, que cobija bajo el epígrafe de “especiales”. ..”¹

3.2. En relación al registro mercantil, el Código de Comercio estableció en su artículo 26 que este “... tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.”

A su turno, dispone el artículo 27 del Código de Comercio que “El registro mercantil se llevará por las cámaras de comercio, pero la Superintendencia de Industria y Comercio determinará los libros necesarios para cumplir esa finalidad, la forma de hacer las inscripciones y dará las instrucciones que tiendan al perfeccionamiento de la institución.” (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, la figura del registro mercantil se constituye en un acto de competencia de las Cámaras de Comercios, las cuales “... son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar”, pero, expone la Corte Constitucional que “... no significa que estos entes hayan sido integrados a la administración pública, sino más bien que se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida al Gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada que se manifiesta, por el ejemplo, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros, en la posibilidad de contar con representantes legales designados por ellas mismas y de expedir estatutos o reglamentos elaborados por la propia Cámara, etc.”².

En consonancia con lo anterior, se tiene al registro mercantil como una función pública y así lo da a entender nuestro Alto Tribunal Constitucional al establecer que **“Excluida la función de llevar el registro mercantil**, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario para los efectos de esta providencia entrar a profundizar, ponen de presente que sólo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada”³ (negrilla fuera de texto).

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de enero 27 de 2000. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-116 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-144 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Así entonces, siguiendo una secuencia lógica y apoyada en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la sustanciadora concluye que el **registro mercantil** (matrícula mercantil, inscripción y certificación) **es un acto administrativo de carácter particular**, implicando un medio de publicidad y oponibilidad de actos o hechos realizados por comerciantes, razón para precisar que el registro mercantil no es un acto necesario para la existencia o validez de los actos jurídicos allí inscritos, son medios de publicidad y por tanto una vez cumplida la inscripción se tornan oponibles a terceros, si se pretenden atacar por vía de nulidad, pero no la que contempla el derecho privado sino por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe realizarse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa.”

FUENTE NORMATIVA: Arts. 140 num. 1º y 145 C.P.C., arts. 26 y 27 C.Co., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de enero 27 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros, Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara y Sentencia C-144 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

DEMANDANTE: Jesús Antonio Serna Gómez

DEMANDADO: Julio Cesar Serna Gómez y Panadería Y Repostería 20 de Julio La 70 E.U.,

FECHA: Mayo veintinueve (29) de dos mil doce (2012).

RADICACIÓN: 08-001-31-03-010-2008-00103-00 / **36.102**

DECISIÓN: Declara la nulidad de la sentencia apelada.

PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y LIBERTAD PROBATORIA–Deber de las partes de armonizar estos principios al momento de solicitar los medios de prueba/ **UTILIDAD DE LA PRUEBA**– Los medios de prueba solicitados deben ser útiles al trámite incidental y deben guardar una relación intrínseca con las características de la prueba objetada.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa fáctica. Dentro de un proceso ejecutivo, la parte ejecutada solicitó al despacho como medios de prueba para objetar un dictamen pericial grafológico por error grave, pruebas tales como la testimonial e inspección judicial, con el fin de corroborar la tacha de falsedad del documento que sirve como base del título de recaudo ejecutivo.

Extractos: “En general el asunto materia de controversia es la satisfacción o no de la obligación que se pretende cobrar con el proceso ejecutivo de marras, que la demandante alega se encuentra incorporada en el título de recaudo y que cuenta con eficacia dado que el demandado suscribió y entregó para su circulación.– Digámoslo en palabras naturales, es este el tema general materia del proceso, que indudablemente se decidirá en sentencia y dada su amplitud procesal, la libertad probatoria, goza de mayor y robusta grandeza procesal, constituyendo su escenario el auto de apertura a pruebas del proceso.–

Las pruebas del proceso, en general van orientadas a probar todos los presupuestos de una sentencia ejecutiva favorable, en consecuencia en el periodo probatorio del proceso, se decretaran todas las pruebas pedidas por las partes y las de oficio que el operador judicial considere, siempre y cuando conciernan a ese asunto materia de controversia.–

Pero, cuando en el proceso se presentan discusión accesorias, incidentales o de tramites especiales, las oportunidades probatorias y la amplitud para solicitar pruebas se restringen precisamente porque el “asunto materia de decisión es concreto, parcial, particular y específico, no siendo posible confundir el periodo probatorio general con las oportunidades que brinda la ley para decidir aspectos accidentales, precisamente porque esa restricción de parcialidad se traslada al campo probatorio.-

Una posición contraria conduciría que las partes permanentemente estén auto creándose oportunidades probatorias, lo que atentaría contra la preclusión de oportunidades, la celeridad del proceso, la lealtad de las partes, que son garantías de una justicia pronta y eficaz.-

En el caso presente, la controversia se centra en el trámite de una objeción por error grave que la demandante alegó respecto del dictamen pericial grafológico practicado en el proceso y que la profesional del derecho concreta muy de manera precisa en su memorial de objeción, que se resume ampliamente en la parte fáctica de esta providencia.- Por tanto, el asunto general que hay que tener en cuenta es la naturaleza de la prueba pericial como de carácter objetiva dado que el artículo 233 del C. de P. C. expresa que ha de servir para verificar hechos, lo que de por si excluye conceptualizaciones, opiniones y medios subjetivos, entre los que se cuenta la testimonial.-

Por otro lado, de voz de la objetante tenemos que el asunto materia específica de probanza es el error grave en que incurrió el perito al no confrontar la firma del pagare y la carta de instrucción con la totalidad del material que se arribó para la práctica de la experticia, muy a pesar de expresar que dicho material fue recibido por el.-

Siendo así de concreto la objeción, el asunto del nuevo dictamen se centra en definir si efectivamente el perito de Medicina Legal incurrió en ese error de omisión y en consecuencia proceda a efectuar tal confrontación integral y ver si la conclusión es la misma o no, como lo solicita la profesional objetante.- Por tanto, las pruebas admisible para tal efecto solo serian las que permitirían establecer o demostrar ese error específico y el juez solo decretará “las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error” (Art. 238 C de P. C.).-

Si ese es el asunto materia de controversia, el nuevo dictamen debe practicarse con las mismas pruebas enviadas al primer auxiliar de la justicia, de manera que, desde esta órbita, el decreto de nuevas pruebas y documentos que el anterior perito no tuvo de referencia y peor aún las testimoniales que se piden, desborda no solo el tema concreto de la prueba sino que en nada contribuyen a la objetividad del objeto de la pericia, que como se sabe es confrontación de firmas y rasgos caligráficos.- De acceder a la práctica de nuevas pruebas para la práctica del nuevo dictamen no seria para probar el error grave alegado sino para la práctica de nueva prueba, diferente al objetado, que es otra oportunidad que tiene el operador judicial al no encontrar la seguridad y convicción en los dos anteriores para tomar una decisión de fondo.- Pero mas aún, esas pruebas nuevas desbordan la objeción presentada que se concreta en no confrontación de firma con el integral material enviado y recibido.-

Otra cosa muy diferente, será la valoración de esa prueba, que si se efectuará haciéndolo en conjunto con el resto de prueba, pero eso pertenece al proceso y no al tramite especial de error grave que es al que estamos avocados.- Y este aspecto es el que la objetante repite que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, que traída al tema específico, la verdad real no es otra que constatar si existe error grave en el dictamen, no en el proceso como tal.-

La apelante hace transcripciones doctrinarias respecto de la conducencia, pertenencia, utilidad y necesidad de la prueba, pero nada analiza respecto del trámite a que está en concreto avocada, sino que razona respecto del proceso, como por ejemplo: el pagaré tiene una firma que la demandante expresa que es del demandado y objetivamente allí existe una rúbrica; por otro lado, la demandada lo niega y el perito concluye que efectivamente no lo es, pregunta el despacho: que le agrega al debate un testimonio recepcionado que dice que si lo es? En últimas, que le aporta al debate del error grave 100 testimonios si lo que se trata de establecer es si el perito confrontó la firma con todo el material enviado? No se discute si el pagaré tiene una firma, porque no es materia de discusión, sino, su correspondencia con la del demandado, que es cuestión diferente.-

Por otro lado, respecto de las inspecciones judiciales, se alega que son indispensables porque las escrituras públicas que se exhibirían en ella están en el proceso en copias y por tal aspecto no fueron confrontadas con las del pagaré, pero, ello es solo una conjetura, porque el perito las relaciona como recibidas y entre los anexos que valoró se encuentran dichas escrituras, además de las muestras tomadas. Además en ninguna parte del dictamen se expresa que no efectuó la confrontación de firmas con las estampadas en dichas escrituras públicas.-

Pero si aquello hace referencia a la sustancialidad de la prueba de inspección judicial, desde el punto de vista de la técnica procesal del recurso tenemos que la solicitud de adición no correspondía pedirla del auto de fecha 5 de marzo de 2012 sino del auto que abrió a pruebas el trámite de objeción que fue de 12 de enero de 2011, dado que aquel lo que ordenó fue las copias para la alzada, del cual, lógicamente no era dable predicar la adición pedida.-

Estando las cosas en ese nivel, la única conclusión a que se puede arribar en el caso de estudio es que efectivamente las pruebas testimoniales y de inspección judicial que se solicitan sean decretadas para probar el error grave alegado y precisado por la apelante respecto del dictamen pericial grafológico es impertinente e improcedente, primero porque no tienen la entidad de aportar nada al trabajo técnico y objetivo que es la prueba pericial sobre una firma y porque el error grave alegado o materia del asunto lo que pretende es establecer el error del perito inicial de no haber confrontado todo el material remitido con la firma estampada en el pagaré de recaudo, que de haberlo hecho, otra sería la conclusión a que habría llegado.”

FUENTE NORMATIVA: Arts. 175, 178, 233 Y 238 C.P.C.

DEMANDANTE: BRIO DE COLOMBIA

DEMANDADO: ESTACIONES DE SERVICIO EFICIENTES ESEP S.A.

RADICACIÓN: 08001-31-03-008-2010-00206-01 – RADICACION No. 36.781

FECHA: Junio 27 de 2012

DECISIÓN: Confirma autos apelados según las consideraciones de ésta providencia. Condena en costas al apelante.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL–Semejanzas y diferencias/**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCATIVOS**–Objeto/**TRASTORNOS COGNITIVOS Y EPISTEMOLOGICOS DEL MENOR EDUCANDO** – No son imputables a la institución educativa.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora acude a través de la vía de la responsabilidad civil para obtener la reparación de los perjuicios causados con ocasión al mal desempeño académico y posterior pérdida del año lectivo del menor educando, quien venía padeciendo de serios trastornos en el proceso cognoscitivo, lo que conlleva a que sus padres se vieran abocados a realizar una significativa inversión económica en cuanto a profesionales de la salud para la atención de dichas patologías.

Extractos: “1º) Para iniciar, se considera necesario hacer un paralelo entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual.

Por un lado, se busca a través del proceso ordinario por responsabilidad civil extracontractual, que se resarzan los perjuicios causados a una persona, como consecuencia de la conducta de otra.

La responsabilidad civil supone siempre una situación entre dos sujetos de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. En ese sentido, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta circunstancia regulada por el derecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por ese motivo se advierte, la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto se considera responsable a aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien a pesar de haber causado el daño a otro, por alguna causa legalmente admitida, no es obligado a repararlo.

Es regla universal, que, una persona que cause un daño a otra en su cuerpo, salud o bienes etc., deberá repararlo, la legislación civil colombiana no es ajena a esto, y consagra en el artículo 2341 del Código Civil, que “Todo aquel que ocasione daño a otro, es obligado a su reparación.”.

Cuando existe mora o simple incumplimiento de las obligaciones ya adquiridas, estamos hablando de responsabilidad civil contractual, es decir, mediando previamente un vínculo jurídico entre las partes, generador de obligaciones. Cuando el daño tiene su origen o causa en actividad dolosa o culposa del sujeto activo sin que exista un vínculo que genere obligaciones entre éste y la persona que sufre el daño nos encontramos frente a la responsabilidad civil extracontractual.

Según los principios generales reguladores de la carga de la prueba, corresponde al demandante, ó sea al sujeto que alega haber sufrido el daño y que pretende su indemnización demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el hecho según el cual la persona, por aquella demandada, es responsable de los perjuicios causados, y por lo tanto, quien debe resarcir o indemnizar, es decir, tiene el actor la carga procesal de acreditar ante la administración de Justicia la existencia de los supuestos de hecho que deben soportar una decisión favorable a las pretensiones invocadas por él (artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil) ^{véase nota 2}.

Entonces corresponde al accionante acreditar fehacientemente dentro del proceso unos presupuestos o elementos fundamentales a través de los cuales se puede establecer o no la certeza de la responsabilidad del supuesto agente.

Esos elementos son:

- Un autor o sujeto activo, o sea la persona causante del daño.

- La culpa o dolo con que haya actuado el sujeto activo
- El daño o perjuicio ocasionado al sujeto pasivo
- El nexo causal existente entre el daño y la culpa del agente causante.

A pesar de que los elementos configurativos de la responsabilidad puedan considerarse independientes unos de los otros en cuanto a su prueba se trata, estos deben encontrarse complementados en el proceso en el momento de fallar.

Por su parte, la responsabilidad civil contractual, en concreto, es aquella que se deriva de la falta de ejecución o de la ejecución defectuosa, incompleta, o tardía de una obligación pactada en un contrato que goza de plena validez. De esta forma, podemos decir que la responsabilidad civil contractual se encuentra dentro del ámbito de un derecho prestacional de carácter privado, que solo tiene aplicabilidad entre las partes contratantes y únicamente respecto de los perjuicios nacidos dentro de ese negocio jurídico.

En síntesis, en ambas lo que se persigue es la reparación de un daño causado, contractualmente cuando tal responsabilidad se deriva de un negocio jurídico o contrato, y/o extracontractualmente cuando el perjuicio que se sufre tiene asidero en un simple hecho jurídico de corte no convencional.

Así las cosas, en el entendido de esta sala, es evidente que la A Quo se equivocó, en su sentencia, al momento del estudio del contenido de la demanda formulada a nombre del señor Iván Acevedo Acosta en representación de su menor hijo Iván Andrés Acevedo Romero, al entender el planteamiento inicial del apoderado del demandante, como si se tratara de un asunto de responsabilidad civil “Extra-contractual” y no proceder al análisis de las normas correspondientes a la responsabilidad contractual, a pesar de ser notorio que la demanda se fundamenta en la existencia de un contrato de prestación de servicios educativos entre el demandante y el Colegio Británico Internacional S.A. ^{véase nota 4}

Sin embargo, la advertencia de ese posible error no es suficiente para revocar la decisión de primera instancia, dado que aun procediendo a efectuar el estudio de esta situación a la luz de las normas contractuales, se mantiene la afirmación del A Quo en el sentido que en el presente proceso no se han acreditado los supuestos de hecho de las pretensiones del actor, en consecuencia no es posible hallar la culpabilidad o la comisión de un hecho dañoso y o la omisión de sus deberes y obligaciones asumidas por parte de la mencionada institución educativa que conlleve a una indemnización de perjuicios a favor del menor demandante.

3º) A pesar de que se indica que el joven Iván Acevedo Romero estudió en la entidad demandada entre los años de 1994 a 2006, el único “contrato de prestación de servicio educativo” allegado al expediente, fue el suscrito el 6 de junio de 2005 por la señora Patricia Romero, empero ha de indicarse que el hecho de que sea el señor Iván Acevedo Acosta quien otorga el poder para iniciar el presente proceso o no genera una total “falta de legitimación en causa” en la presente controversia, en cuanto a que el dicho señor manifiesta estar actuando en el presente caso como representante legal del joven Iván Andrés Acevedo Romero, quien en su calidad de “educando” es el principal y directo destinatario y

⁴ Véase el relato contenido en el acápite de “Fundamentos Fácticos” y lo explicado en el acápite de “Fundamentos de Derecho” a folios 36 a 39 y 40 del cuaderno principal de primera instancia

beneficiario de las labores educativas y de formación asumidas por la Institución demandada y por ende el que estaría legitimado para reclamar por las consecuencias de cualquier deficiencia de su colegio durante ese proceso educativo.

Empero se advierte en los hechos de la demanda y en la redacción de sus pretensiones una serie de “afirmaciones e imprecisiones” que dan a entender que no sólo se reclaman los perjuicios directos del educando, sino los padecidos por su padres, no solo en el aspecto de los perjuicios morales en que se habla de la “unidad familiar”, sino mas concretamente en los materiales donde no se indica- y menos demuestran- de qué patrimonio salieron los dineros (\$ 25.292.154.00) que se pretenden indemnicen. Empero, en parte alguna del poder o de la demanda se indica que el señor Iván Acevedo Acosta, también estuviera demandando en “su propio nombre”.

3º) Se señala como “causa jurídica” de las pretensiones la circunstancia, que frente a las obligaciones asumidas por la Institución educativa con relación a su “educando” una fue una deficiencia de ese proceso educativo el que el colegio no hubiera detectado oportunamente las dificultades del joven Iván Andrés, y generado y dado a él un tratamiento que fuera la solución a ellas, que corrigiera los resultados de los periodos lectivos de 2004 a 2006 indicando que los padres tuvieron que acudir a “profesionales expertos ajenos al colegio” para ello.

Sin embargo, en este caso particular, se acredita que el menor Iván Andrés Acevedo Romero presentaba problemas cognitivos y epistemológicos desde antes de ingresar al colegio, razón por la cual en principio (año 1994) no fue admitido en el mismo, y luego fue aceptado su ingreso, teniendo en cuenta su evolución satisfactoria a raíz del tratamiento particular que se le venía realizando, el cual fue consecuencia de las observaciones planteadas por el colegio en esa oportunidad.

La fonoaudióloga Marcela Álvarez Eljaik, señala que ha atendido al menor desde el año de 1996, cuando tenía 5 años y que sus deficiencias se originaron en problemas acontecidos en su nacimiento (“una circular de cordón y cianosis”) lo cual esta respaldado con menos detalles en los testimonios rendidos por la medico psicóloga Graciela Muvdi Abufhele y la Terapeuta Ocupacional Martha Gaitán de Cavalli, quienes atendieron al menor en el año 2006 concluyen en sus declaraciones, estas tres profesionales de la medicina, que los problemas neurológicos del menor no son responsabilidad del colegio.

En los reportes iniciales del Colegio, años 1994 y 1995, no aparece mención de esos problemas en el nacimiento, allí se indica que los padres hicieron referencia a problemas auditivos y enfermedades en los oídos, lo que podría entenderse que en ese momento tal información no fue suministrada al colegio.

Con lo anterior se acredita que lo sucedido con el menor, en cuanto a su considerable baja en el rendimiento académico durante los años 2004 a 2006, y sus problemas emocionales y de salud, no fue un hecho que se hubiera generado en esos años, sino que es el resultado de las deficiencias que el menor venia sobrellevando con anterioridad y que no podía ser desconocido por sus padres.

No es responsabilidad de las instituciones educativas en Colombia, en base a los contratos de prestación de servicios educativos, tratar los problemas fisiológicos, emocionales, psicológicos, psiquiátricos, o de salud de quienes suscriben

con ellas tales contratos, puesto que la labor de dichos establecimientos no se limita a la mera formación académico – integral de los educandos, dado que pueden contribuir y colaborar para que un educando los pueda superar o para no contribuir con su agravamiento, ellos no son su responsabilidad directa, sino que corresponden a los padres y familiares del educando.

Considera pues esta corporación en base a todo lo aquí estudiado que no hay lugar a condenar al Colegio Británico Internacional al pago de perjuicios de ninguna índole a favor del menor Iván Andrés Acevedo Romero representado por el señor Iván Acevedo Acosta en representación de su menor hijo.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 2.341 C.C., Arts. 174 y 177 C.P.C.,

DEMANDANTE: Iván Acevedo Acosta en representación de su menor hijo Iván Andrés Acevedo Romero.

DEMANDADO: Colegio Británico Internacional S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-03-003-2007-00238-01/Interna **35.458**

FECHA: Junio 15 de 2012

DECISIÓN: Revoca numeral primero y confirma numerales segundo y tercero de la sentencia apelada.

2.-SALA LABORAL

DESCUENTOS PERMITIDOS POR LA LEY–Aportes al sistema general de salud de los pensionados/**ENTIDAD PAGADORA DE LA PENSIÓN**–Cumple con mandatos legales al hacer deducciones dirigidas a la cotización en salud del pensionado a su cargo/**RECURSOS PARAFISCALES**–Lo constituyen las deducciones en materia de salud y pensión realizadas por el empleador

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

Causa fáctica: En el presente caso la parte actora pretende que se libre mandamiento de pago a su favor por las deducciones dirigidas al sistema general de salud que le realiza su ex empleador del retroactivo pensional que fue condenado a cancelar por la justicia laboral, pues considera que el Banco ejecutado está desatendiendo el tenor literal de la disposición judicial.

Extractos: “El problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe a determinar si el ex –empleador incumple la condena impuesta por concepto de reajuste pensional por incremento de aportes en salud, cuando deduce del retroactivo pensional causado, los descuentos a cargo del pensionado con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Previa a dar respuesta al anterior tópico del debate, debe dejarse clarificado que la condena impuesta a favor del demandante y a cargo del demandado, que se ejecuta en este proceso, es del siguiente tenor:

“PRIMERO. Condenar a la entidad demandada Banco Popular S.A. a reconocer y pagar al demandante Jesús Salvador De Las Salas Cabarcas una pensión plena de jubilación a partir del día 24 de Diciembre de 2002 en cuantía de

4980.024.40 mensuales, más los incrementos legales pertinentes que se causen a partir de dicha fecha, como también las mesadas adicionales.

SEGUNDO. Una vez que el ISS subrogue la pensión de jubilación estaría a cargo del Banco Popular Únicamente el mayor valor si lo hubiere.

TERCERO. Declarar no probada la excepciones propuestas en la contestación de la demanda, por las resultas del proceso y lo anunciado anteriormente.

CUARTO. Costas y agencias en derecho a cargo de la parte vencida.”

No obstante que el ejecutante admite que el Banco Popular le consignó el retroactivo pensional del 24 de Diciembre de 2002 al 30 de Septiembre de 2006, insiste en que se libre mandamiento de pago en su contra por la suma de \$5.880.800, porque arguye se le descontó ese valor por conceptos de aportes en salud sin tener autorización alguna para hacerlo, toda vez que el fallo proferido en su contra en ninguno de sus apartes autoriza al Banco a descontar suma alguna por concepto de aportes a salud, máxime si se tienen en cuenta que el descuento efectuado por el demandado corresponde a un periodo en el cual el señor Jesús De las Salas no tuvo acceso alguno a salud por estar en trámite su proceso.

Si bien se evidencia que en la sentencia que se pretende ejecutar, no hubo pronunciamiento alguno por el Juez de primera instancia que autorizara al empleador descuento alguno, la cual fue confirmada por esta Sala de Decisión Laboral ciñéndose estrictamente al aspecto apelado conforme al principio de consonancia del art. 66ª del C.S.T.S.S. y no casada por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad.28223/2006), no puede predicarse en este caso que dicha condena se encuentre insoluta por haber el Banco Popular deducido del pago de las mesadas pensionales causadas del 24 de Diciembre del 2002 al 30 de Septiembre de 2006,⁵ ordenado por sentencia judicial, los aportes que le corresponde asumir al pensionado al ser cotizante obligatorio del Sistema General de Seguridad Social en Salud por expreso mandato del artículo 143 de la ley 100 de 1993⁶, en razón de que no es dable desatender qué también por expresa disposición legal, se le impone la obligación a las entidades pagadoras de pensiones descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los pensionados, como en forma nítida lo impera el art.42 del Decreto 692 de 1.994⁷, que reza:

“ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES ENSALUD. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de esa fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

⁵ Ver folio 58 y 105 del segundo cuaderno.

⁶ “La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su periodo de vinculación laboral.”

⁷ Decreto por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993, publicada en el Diario Oficial No. 41.289, del 30 de marzo de 1994.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo.<Negrilla y subrayado fuera del texto para resaltar>

Además, que conforme a lo impuesto en los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998⁸, los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deben ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes, cuyos aportes se calcularán con base en su mesada pensional, los cuales se hacen exigibles a partir de la fecha en que adquieren su calidad de pensionados y no en fecha posterior como lo sugiere el apelante, debido a que no se encuentran sujetos a su arbitrio en virtud de que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria, ya sea a través de los regímenes contributivo o subsidiado, y cuyos aportes no sólo vienen a constituir parte esencial del financiamiento del Sistema Contributivo, sino también una condición para poder acceder a las prestaciones asistenciales y económicas contempladas en la Ley 100 de 1993, donde operan periodos mínimos de cotización que pueden ser exigidos por las Entidades Promotoras de Salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo, por lo tanto, acoger el argumento del apelante vendría en detrimento del propio pensionado.

Conforme a las normas antes reseñadas, refulge con nitidez que no hay lugar a librar mandamiento de pago por el valor que dedujo el pagador de la pensión del demandante por concepto de aportes a Salud que están en su totalidad a cargo del pensionado, por ajustarse precisamente a la obligación que le impone la Ley de debitar estos aportes de carácter parafiscal y girarlos a las entidades de seguridad social que los administran, pues de proceder en contrario, incurriría en las sanciones pecuniarias y penales previstas por tal omisión.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 143 Ley 100 de 1993, Decreto 692 de 1994, art. 42, arts. 26 y 65 del Decreto 806 de 1998.

DEMANDANTE: Jesús Salvador De las Salas Cabarcas

DEMANDADO: Banco Popular S.A.

⁸Por medio del cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

FECHA: Junio 28 de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-05-001-2003-00005- 01/ **38573- DC**

DECISIÓN: Confirma auto apelado por los motivos expuestos en esta providencia.

PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA–Garantía del Estado Social de Derecho/**FUNCIONARIOS JUDICIALES**–Deber de cumplir las sentencias judiciales ejecutoriadas/**REFORMATIO IN PEJUS**– No aplica en materia laboral cuando es apelante único y hace más gravosa la situación del recurrente.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica. En el presente caso, la apoderada de la parte actora manifiesta en su recurso que la señora Jueza se apartó de lo ordenado en la sentencia que se encontraba ejecutoriada, modificándola y haciendo transcripciones parciales de la sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional, por lo tanto, su actuación violó el debido proceso y los principios de cosa juzgada material, seguridad jurídica, inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada y los derechos adquiridos. Solicita por tanto la revocatoria del auto aprobatorio de la liquidación del crédito y de las cosas.

Extractos. “En la sentencia de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁹ que ordenó a esta Sala la proferición de una nueva decisión en la que “...se limite a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto del 5 de agosto de 2010, por medio del cual se negó la objeción a la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo, teniendo en cuenta que la sentencia que sirve de título se encuentra ejecutoriada”, se hizo hincapié en que la sentencia respecto de la cual la mayoría de nuestra Sala ordenó su consulta se encontraba debidamente ejecutoriada (subrayas fuera del texto).

En efecto, dijo:

“Ha determinado, igualmente, que cuando los Tribunales asumen dicha competencia desconocen el derecho fundamental al debido proceso de la parte beneficiada con una decisión ejecutoriada, por no haber sido apelada, además de que se podrían ver afectados otros derechos fundamentales de importante relevancia, como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital de personas de la tercera edad...”.

En otro aparte de esa decisión consignó:

“Por otra parte, por virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-9006 del 15 de diciembre de 2011, la Ley 1149 de 2007 entró en vigencia en el distrito judicial de Barranquilla a partir del 1 de enero de 2012, cuando ya estaba debidamente ejecutoriada la sentencia que ordenó el reconocimiento de la pensión a favor del actor”. *(Subrayas fuera del texto)*.

Más adelante consigna.

⁹ Radicación 28814, acta No. 17 del 22 de mayo de 2012, M.P. Dr. Rigoberto Echeverry Bueno

“Finalmente, la Corte debe destacar que se cumple con el presupuesto de inmediatez, el actor no tiene a su alcance otros medios de defensa judicial y está expuesto a sufrir un perjuicio irremediable, al ver frustrada la posibilidad de cobrar una pensión de jubilación que le fue reconocida a través de una decisión judicial ejecutoriada”. (*Subrayas para resaltar*).

(...)

El problema jurídico en el presente caso se circunscribe a establecer la legalidad de la negativa por parte de la Jueza Tercera Laboral de Barranquilla a la objeción a la liquidación del crédito y las costas efectuadas por la parte ejecutante, adoptada por auto del 5 de agosto de 2010.

La sentencia del 10 de diciembre de 2008 dictada por el Juez Tercero Laboral Adjunto de Descongestión de Barranquilla¹⁰, dispuso en su parte resolutive:

“1º.- CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer al actor una pensión especial de vejez a partir 1 de septiembre de 1.983, en cuantía de \$2.139.763, debidamente indexada, mas los reajustes de ley correspondientes.

“2º.- CONDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a pagar al actor las diferencias de las mesadas causadas y no canceladas a partir del 1 de septiembre de 1.983.

“3º.- CONDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a reconocer los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100/93.

“4º.- ABSOLVER a la empresa MONOMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (E.M.A.) de todos los cargos de la demanda.

“5º.- COSTAS a cargo de la parte vencida, liquidense por Secretaría”.

A través del auto del 15 de marzo de 2010, la señora Jueza Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla declaró ejecutoriada dicha sentencia¹¹, sirviendo ésta de título ejecutivo en el trámite que de cumplimiento de ella solicitó la apoderada del demandante-ejecutante¹².

La Jueza Tercera Laboral del Circuito, a través del auto del 24 de mayo de 2010, atendiendo las consideraciones que consignáramos en los numerales 1.6.1 y 1.9 del acápite “Sintético recuento”, y en especial teniendo en cuenta la certificación obrante del folio 591 a 594 del expediente original¹³ – solicitada por ella¹⁴ –, liquidó el crédito a partir del 1º de septiembre de 1999, “fecha en que se produjo la desafiliación al sistema del actor”, habiendo recibido salarios hasta el mes de agosto de ese año, siendo entonces a partir de la misma cuando debe empezar a percibir la pensión. Con tales argumentos “liquidó el crédito y las costas” ordenadas en la sentencia en contra del ISS por la suma total de QUINIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SEIS MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$581.706.178.31), discriminadas así: por intereses moratorios causados a Diciembre de 2009 la suma de \$448.789.960.00 y por indexación, \$122.616.218.31, y \$10.300.000.00 por agencias en derecho.

¹⁰ La cual fue apelada, recurso declarado extemporáneo (auto del 24 de abril de 2009); interpuesto el de queja este mismo Tribunal se abstuvo de darle curso (auto del 23 de febrero de 2010), folios 20 a 25 de las copias

¹¹ Folio 28

¹² Folio 27 de las copias

¹³ Que no aparece en las copias enviadas, pero que en auto mencionado transcribe parcialmente

¹⁴ Auto del 14 de abril de 2010, folio 29 de las copias

De la misma forma, se observa que la Juez calculó la indexación de mesadas desde el 1° de septiembre de 1999 aplicando el valor que tuvo en cuenta el fallador adjunto para condenar a la pensión especial de vejez desde aquel día y mes pero del año de 1983, e intereses moratorios, sin liquidar diferencias pensionales por cuanto a su juicio no existían.

Cierto es entonces que la señora Jueza *desconoció* que en la sentencia se había condenado al ISS a pagarle la pensión especial de vejez al demandante a partir del 1° de septiembre de 1.983 en cuantía de \$2.139.763.00, debidamente indexada, más los reajustes de ley, pues la liquida a partir del 1° de septiembre de 1.999, dejando a un lado la ejecutoria –por ella misma declarada a través del auto del 15 de marzo de 2010– haciendo tránsito a cosa juzgada, siendo por tanto inmutable a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante lo anterior, ordenar que se liquide el crédito y las costas en el presente proceso en estricto acatamiento a lo dispuesto en el fallo del 10 de diciembre de 2008, debidamente ejecutoriado, no deja de constituir un estado de preocupación para la Sala pues efectuados los cálculos aritméticos del caso, atendiendo la cuantía de la pensión y los extremos temporales tomados en aquella, arroja una suma que sobrepasa las fronteras de la realidad jurídicamente permisible. A continuación se detalla a través de un cuadro comparativo:

(...)

Sin dudas, la suma de \$11'232.007.529 por concepto de retroactivo pensional de mesadas causadas desde el 1° de septiembre de 1983 hasta agosto de 1999, y diferencias pensionales desde el 1° de septiembre de 1999 hasta la fecha, sin incluir los intereses moratorios y la indexación también ordenados en la sentencia, constituye una cifra alarmante y discordante con la realidad laboral del actor.

Siguiendo lo demarcado por la inferiora como fundamento del auto del 24 de mayo de 2010, esto es, tomando la fecha de la desafiliación al sistema- 1° de septiembre de 1999- y como punto de partida la cuantía de \$2.139.763, salta a la vista que le asistió razón al sostener que no surgían diferencias pensionales que liquidar. Así lo analizamos a través del siguiente cuadro comparativo:

(...)

Luego entonces, es evidente que si bien acertó al esbozar que no surgían diferencias pensionales algunas que liquidar entre la prestación simple y la especial, no es menos cierto que erró al calcular la indexación y los intereses moratorios de aquellas, pues, lógicamente, si no existían, mal podía hablarse de pérdida de poder adquisitivo, advirtiéndose **que ésta constituye el objetivo de los conceptos liquidados frente al retraso injustificado del pago de la pensión.**

Muy a pesar que tanto la liquidación que implicaría la sentencia, como la efectuada por la juez de primer grado, y hoy es materia de reparo, deberían desecharse por escapar de la realidad jurídica del caso, lo cierto es que hacerlo conllevaría a dejar sin efectos una sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada, e ir en abierta contravía a lo ordenado en la sentencia de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se acata.

En razón de lo anterior y en aplicación del principio de la no reformatio in pejus, enrostrable a todas las decisiones

judiciales –cuya filosofía consiste en no hacer más gravosa la situación cuando se trata de apelante único, sino que por el contrario implica que en virtud del recurso de apelación quien lo presenta pueda en cambio obtener del superior una decisión más favorable o cuando menos conservando la inicialmente impuesta–, será del caso atenernos a la liquidación ejecutada por la juez de primera instancia.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 100 C.P.L., Arts. 309,331, 333, 334, 335 y 488 C.P.C., Corte Constitucional. Sentencias T-755 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell y T-392 de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

DEMANDANTE: Néstor Navarro Romero

DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

FECHA: Junio 6 de 2012

RADICACIÓN: 08-001-31-05-003-2003-00431-01 (39926 C)

DECISIÓN: CONFIRMA AUTO DE PRIMERA INSTANCIA- COMPULSA COPIAS A JUEZ, ABOGADO ISS, PROCURADORA

PENSION ESPECIAL DE ALTO RIESGO– Debe reunirse la totalidad de los requisitos señalados en la ley para acceder a esta prestación económica/**COTIZACIONES REALIZADAS AL ISS**–Deben comprender todo el tiempo laborado bajo la exposición de factores de riesgo/**DISFRUTE Y CAUSACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL**–Diferencias

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **MARÍA OLGA HENAO DELGADO**

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora solicita que se reliquide su pensión especial de vejez (alto riesgo) como quiera que no fue incluida el 6% adicional en las cotizaciones realizadas por el empleador en los periodos a que estuvo expuesto a sustancias cancerígenas entre los años 1994 a 1998. De igual manera a que se le reconozca el pago de las mesadas dejadas de percibir a partir del momento en que tuvo derecho para acceder a dicha prestación económica, y no a partir de su desafiliación del sistema de seguridad social en pensiones.

Extractos: “Al examinar el acervo probatorio allegado al proceso, la Sala encuentra que:

a) los cargos desempeñados por el actor en la ejecución de sus funciones al servicio de la accionada fueron: **1.- AUXILIAR EN ENTRENAMIENTO, TECNICO III, TECNICO II, TECNICO I, desde el 7 de octubre de 1970, hasta el 30 de diciembre de 1.974, con funciones de:** 1a) **Técnico de Extracción en la planta 7 o de Caprolactama**, cumpliendo la tarea operador, en un ambiente periódico, con concentraciones posibles inferiores a un TLV – TWA de 10 p. p. m. de sustancia sospechosamente cancerígenas, 2.- **TECNICO MAESTRO, desde el 1° de enero de 1.975, hasta el 30 de Diciembre de 2000, con funciones como:** a) **Técnico de Producción en Planta 7 o de Caprolactama**, cumpliendo las tareas de controlador de carga de la sección de producción, Oxidación y Rearreglo, manteniendo vigilancia específica sobre la calidad de la Lactama Cruda; controlador de los parámetros operativos de la sección de producción, oxidación y rearreglo para obtener la óptima eficiencia de la operación de Oxidación, b) **Técnico de Purificación en la Planta 7 o de Caprolactama**, cumpliendo las tareas de Operador de la sección de Purificación de la Planta de Caprolactama. Vigilar y controlar el funcionamiento de las columnas de evaporación y los destiladores de la planta, guardando todas las medidas de seguridad y Vigilar las variables críticas para obtener una buena calidad de producto final; todas estas fueron realizadas dentro del funcionamiento de la planta 7 de producción de Caprolactama.

Respecto a éste último cargo, la empresa demandada **niega que desempeñara funciones de Técnico de Extracción en la Planta 7 o de Caprolactama, de Analista de Laboratorio de la Planta 7 o de Caprolactama, o técnico de tanques de la sección 8, que son establecidas por al empresa como actividades de alto riesgo durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 1.975 y el 30 de diciembre de 2000**, y de conformidad al estudio realizado por la A. R. P. la Ganadera de Vida S. A.

Recuento sobre pruebas relevantes para adoptar la decisión.

1.- Existe acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez por alto riesgo al actor, con base en la lectura de la certificación de la historia laboral del asegurado expedida por MONOMEROS sobre los mismos cargos que acreditó mediante documento ya referido (fl. 17 a 19), sobre 1235 semanas de alto riesgo, equivalentes a 23 años, 8 meses y 14 días, exigiendo 51 años para obtener el derecho, con un IBL de \$1.541.350, y un valor reconocido por pensión de \$1.340.975 (fl. 143), valor a girar a partir del 10 de noviembre de 2000.

2.- La empleadora dio por terminado el contrato de trabajo al accionante, a partir del 31 de diciembre de 2000, que corresponde al último ciclo cotizado (fl. 157), en razón al reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo mediante Resolución No. 2836 de 19 de septiembre de 2000, reconocida desde el 1 de octubre de 2000, esto es, antes de al desvinculación, emanada del I.S.S., sin mostrar inconformidad alguna frente a dicho reconocimiento, el cual sí planteó en este proceso, y su utilización como causal de terminación del vínculo laboral.

(...)

De todo lo anterior se deduce que al actor le asiste el derecho al reconocimiento de al pensión especial de vejez por alto riesgo tal como en su momento lo decidió el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 2836 de septiembre 19 de 2000, puesto que el demandante se desafilió del sistema el 9 de enero del 2001 (fl. 157), razón por la cual no le asiste el derecho pretendido al pago de las mesadas pensionales, desde la causación del derecho.

3.- Existe fotocopia de oficio No. 052410 de fecha Octubre 1 de 1.997, mediante el cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social da respuesta a consulta realizada por el Secretario General de la empresa accionada sobre el mínimo de exposición y si debe ser medido por la ARP en sus estudios y puestos de trabajo para aplicar el ord. 4 del art. 1 del D. 1281 de 1.994, donde se le informa que las personas con trabajos que impliquen exposición directa o indirecta a sustancias comprobadamente cancerígenas (benceno) tienen derecho a la pensión especial de vejez, el empleador debe cotizar 6 puntos adicionales y para el pago de dicha cotización no se requieren mediciones ambientales, ni la comprobación a la exposición del factor de riesgo, ni tiempos de exposición mínimos o máximos (salvo altas temperaturas), solo que exista la exposición al factor de riesgo”

4.- La prueba testimonial recaudada a solicitud de la empresa demandada se desechó por su ilegal práctica tal como quedó dicho, razón de ser de la no comprobación por dicha parte en cuanto que los cargos ejercidos por el actor, no fueran de alto riesgo. De ahí que no se desvirtuó las razones que tuvo a bien el I.S.S. para reconocer la pensión de vejez de alto riesgo al actor, tal como lo pretendió la empresa demandada, por lo que no le asiste razón al apelante, puesto que si bien el a quo omitió referirse a la misma, su apreciación dista del valor otorgado por la Sala en la forma expuesta.

5.- El I.S.S. remitió oficio donde acepta un total de 1560 semanas cotizadas por el actor, y anexa la historia laboral y adjunta la relación de novedades (fls. 276 a 278).

6.- Si en gracia de discusión se le otorgara pleno valor probatorio a los testimonios, existe evidencia contraria a la prueba testimonial y no es otra que las instrucciones impartidas al actor en el año 2000 por el Jefe de la planta 7 al personal, en torno al manejo del benceno tal como quedó establecido, actividad que lo expuso a riesgo aún hasta junio 28 de 2000 (fl. 264).

En cuanto a si la empresa demandada estaba o no obligada a cancelar los 6 puntos adicionales por tratarse de actividades de alto riesgo desempeñadas por el actor en razón desde la vigencia del D. 1281 de 1.994 (23 de junio de 1.994), tenemos:

Toda sentencia debe estar acorde con el principio de la congruencia, puesto que debe obedecer a las pretensiones del actor y a los medios de defensa invocados por el demandado.

Examinada la demanda se observa que en los hechos 10 a 13 de la misma se alude expresamente a dicho aspecto. De ahí que tomando la demanda integralmente, como un todo, es preciso deducir que se pretende el reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo pero con el cómputo de las semanas excluidas por el Instituto demandado, por la no cancelación de de los 6 puntos adicionales durante el lapso de tiempo comprendido entre el 22 de junio de 1994 al 30 de septiembre de 1.998, por lo que dicho tiempo no se tuvo en cuenta como cotizado (fls. 7 y 8). Por su parte tanto el SEGURO SOCIAL como MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS al contestar la demanda se refirieron a dichos hechos, tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, de aportar las pruebas correspondientes, controvertir la prueba, por lo que se observaron los principios de congruencia, lealtad procesal, buena fe, derecho de defensa, debido proceso. (...)

(...)

Teniendo en cuenta las conclusiones anteriores en cuanto a la exposición del actor a sustancias altamente cancerígenas como el benceno durante el tiempo laborado al servicio de la empresa MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS, es preciso concluir que si debe asumir la obligación de cancelar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el valor adeudado por dicho concepto durante el periodo de tiempo comprendido entre el 22 de junio de 1994 y el 30 de octubre de 1998, y a reajustar el monto de la pensión, teniendo en cuenta las 226.85 semanas a que equivale dicho periodo, tal como lo decidió el a quo, **sin que sea del caso someter a condicionamiento alguno el derecho que sale avante, hasta tanto se efectúe el pago de dichos 6 puntos** durante el lapso de tiempo determinado **22 de junio de 1994 al 30 de octubre de 1998**, como erróneamente lo decidió el a quo, al dejar dicho “.....una vez MONOMEROS S.A. materialice la orden dada en el punto anterior”, puesto que era precisamente el ISS quien debía efectuar el cobro correspondiente por dicho periodo, por lo que dicha inoperancia e inejecución no le son atribuibles al extrabajador tal como lo tiene establecido la jurisprudencia.

(...)

Del análisis probatorio a la luz del artículo 60 del C. de P. del T. y de la S. S., concordante con el art. 187 del C. de P. C., se infiere que el demandante laboró en actividad de alto riesgo, expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas

(benceno) durante toda la vida laboral, esto es, **desde el 7 de octubre de 1.970** (fecha en que ingresó el actor al I.S.S. según historia laboral obrante a folio 158 del informativo, aportado por el Instituto demandado (fls. 17 a 19) –por lo que no es de recibo la consideración del I.S.S. en Resolución No. 0140 (fls. 7 y 8) en cuanto que se tiene en cuenta el período comprendido “.....entre el 30 de noviembre de 1.971 al 21 de junio de 1.994, toda vez que la historia laboral aparece ingresado al seguro a partir del 30-11-71, lo que equivale a un total de período en alto riesgo de 22 años , 6 meses y 21 días” (fl. 7)- **hasta el 30 de diciembre de 2000** (fls. 35, 38 a 41 y 270), tiempo que equivale a treinta años, dos meses, veintitrés días, que reducidos a días corresponde a 11.033 días, que dividido entre 7 para obtener el número total de semanas cotizadas arroja un total de 1576.14 semanas, cifra superior a la tenida en cuenta por el INSTITUTO accionado (1235 (fl. 18) y 1560 (fl. 151), resultando esta última cifra más cercana a la realidad. De ahí que restadas las 750 primeras semanas, arroja un total de semanas adicionales de 826.14 semanas cotizadas, que reducidas a años, nos arroja un total de 16.54 años, que es la edad deducible de la requerida para la pensión de vejez, por lo que al actor si bien en principio se debió reconocer la pensión especial de vejez a partir del 23 de agosto de 1.993, fecha de causación del derecho, es decir, cuando cumplió 44 años de edad el actor, resulta inaplicable en este preciso caso en que como quedó expuesto, la desafiliación ocurrió en enero de 2001, porque aquél optó por su derecho a seguir cotizando e incrementando el monto de su pensión, tomándose en cuenta hasta la última cotización, razón por la cual no procede la modificación en cuanto a la edad.”

FUENTE NORMATIVA. Artículos 1, 5 y 8 Decreto 1281 de 1994, art. 36 Ley 100 de 1993, Art. 12,13 y 15 Acuerdo 049 de 1990, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias de 21 de febrero de 2005, rad. 24370, M.P. Eduardo López Villegas, 24 de marzo de 2000, rad. 13425, 6 de junio de 2011, rad. 38558, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, 21 de noviembre de 2007, rad. 30830.

DEMANDANTE. Arnaldo Vicioso Valle

DEMANDADO. ISS- Monmeros Colombo –Venezolanos S.A.

RADICACIÓN. 20.572 A

FECHA. Junio 29 de 2012

DECISIÓN. Confirma parcialmente, modifica numeral 2º y absuelve de los demás cargos a las demandadas. Sin costas.

3.-SALA PENAL

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA–Agravación cuando se realizan por medios masivos de información/ **INTENCIÓN DE VOTO EN CONTIENDA ELECTORAL**– No se desvirtúa por afirmaciones deshonrosas transmitidas en portales web /**DIVULGACIÓN DE IDEAS POLÍTICAS Y CONVICCIONES PERSONALES**–No pueden servir de óbice para atentar contra el derecho a la honra de los ciudadanos

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. DR. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica. En el presente caso, recurren la decisión de primera instancia el defensor del procesado, la fiscalía y el representante de la parte civil, quienes alegan la ocurrencia de irregularidades sustanciales y procedimentales en la

decisión de primera instancia, tendientes a que se modifique la modalidad delictiva, pena impuesta y la tasación de los perjuicios asignados por el a quo.

Extractos: “Ante la multiplicidad de recursos presentados contra la sentencia de primera instancia la Sala atenderá de manera separada las inquietudes propuestas por cada uno de los censores en aras de resolverlas de fondo de forma ordenada y coherente. Lo anterior no obsta para que desde ya la Sala anuncie que modificará el fallo objeto de impugnación en lo concerniente a la modalidad delictiva por la que fue condenado Andrés Alberto Vásquez Moreno y al monto de la pena de prisión que le fue impuesta en sede de primera instancia ya que el *a quo* desconoció el principio de legalidad al desplegar el ejercicio punitivo; en todo lo demás la Sala confirmará la providencia atacada. En seguida los argumentos de orden jurídico y probatorio que sustentan la tesis del Tribunal.

Sobre el recurso de apelación propuesto por la defensa.

(...)

a. Sobre la petición de cesación de procedimiento.

5.2. Sostiene el defensor que por el hecho que el fallecido José Antonio Name Terán no hubiese formulado querrela de forma directa en contra de Andrés Alberto Vásquez Moreno como uno de los autores de injurias y calumnias en su contra torna en imposible el ejercicio de la acción penal en el presente caso. Considera la Sala que no le asiste razón al censor en su apreciación ya que el sistema normativo es claro al precisar que no resulta necesario que quien se considera afectado por una conducta delictiva de las que requieren querrela para ser investigadas, señale en su denuncia la totalidad de las personas que cometieron el ilícito; de ser así resultaría innecesario el ejercicio de las labores investigativas que realiza la Fiscalía tanto en la etapa previa a la instrucción como en la instrucción misma ya que no habría ninguna duda sobre la participación ni de la autoría de las conductas denunciadas.

El censor olvida que el proceso penal es un recorrido que inicia con la duda y las hipótesis, que se van despejando y corroborando durante su decurso, por lo que sería irracional su existencia si desde el inicio se tiene la plena certeza de los autores de una determinada conducta punible. Ese espíritu que la Sala señala fue recogido por el Legislador Procesal Penal del año 2000, en su artículo 33 al reseñar que:

Extensión de la querrela. La querrela se extiende de derecho contra todos los que hubieran participado e la conducta punible.

5.3. Por tanto no resulta procedente decretar la cesación de la acción penal que pretende el abogado defensor ya que no era necesario que Name Terán presentara una denuncia formal en contra de Vásquez Moreno para que la Fiscalía lo investigara, lo acusara y lo llevara a juicio pues el mero hecho que el querellante reseñara la existencia de una serie de hechos en los que consideraba mancillado su honor y dignidad (así haya sido dirigido originalmente únicamente en contra de los ciudadanos Milena Ovalle Llinás y Antonio Abello Vives) era suficiente para que el Estado desplegara su poder investigativo y vinculara a la causa penal a todas las personas que considerara responsables de la afrenta que sufrió el querellante.

(...)

b. Sobre las nulidades.

(...)

... a la Sala le sorprende que el censor venga a quejarse de presuntos yerros que se cometieron en la etapa de instrucción y que se materializaron en una resolución de acusación sin fundamento ya que el instante procesal con el que contaba para ventilar esas inconformidades (la audiencia preparatoria) ya se surtió, por lo que no le es dado venir ante esta Corporación a pretender obtener la declaratoria de nulidades que no fueron propuestas en término. Lo que sí observa la Sala es que la defensa incurre en un *lapsus* al confundir esta Colegiatura con una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior. Por tanto, no tiene relevancia para el trámite del presente recurso que el Fiscal instructor no haya valorado los elementos de prueba desde el punto de vista personal del defensor puesto que – en atención al ya mencionado principio de **preclusividad** – las inconformidades que hoy manifiesta las debió haber propuesto en el momento procesal oportuno ante el superior funcional del funcionario (Fiscalía *ad quem*) y no ante esta Colegiatura en el trámite de la apelación de la sentencia. Por tanto, no prospera la solicitud de nulidad deprecada por el recurrente sobre este particular.

(...)

c. Sobre la responsabilidad penal del encartado

(...)

... conforme con lo anterior a la Sala no le queda la menor duda de que el procesado Vásquez Moreno es el autor de las afirmaciones injuriosas y calumniosas que en contra de José Antonio Name Terán figuran en los sitios web www.noscontaronporinternet.com y www.politcaalconce.com ya que además de ser el administrador de tales portales admitió durante la audiencia pública ser el autor de las declaraciones que atacaron la honra y el patrimonio moral personalísimo del fallecido Name Terán. Y es que la Sala no le reprocha al procesado el hecho de expresar su pensamiento (toda vez que la Carta Política le garantiza dirigir su *psique* e ideales hacia el lugar que mejor considere) sino el haberse valido del rumor para poner en entre dicho las labores de Name Terán, el político; así, si el procesado contaba con los suficientes elementos de prueba de los que se dedujera la existencia de los delitos en contra de la Administración Pública que le imputó a José Antonio debió ponerlos en conocimiento de la Justicia a fin de que se adelantaran las investigaciones de rigor y no divulgarlos en *su propia esquina* (como él mismo lo manifestó) todo porque a nadie le es dado ejercitar justicia por sí mismo cuando no esté habilitado para ello.

(...)

Así pues la Sala se aparta de las peticiones del recurrente y en su lugar, confirmará la condena impuesta por el *a quo* con la modificación consistente en que como Vásquez Moreno divulgó sus afirmaciones calumniosas e injuriosas en contra del fallecido Name Terán en portales web de su propiedad, las penas por imponer se agravarán de conformidad con lo reglamentado 223 del Código Penal. Esta variación no implica alguna violación del derecho de defensa al debido proceso, porque: (i) la defensa no es apelante único, lo cual faculta a la Sala para variar la sanción de manera desfavorable; (ii) la imputación no necesariamente es jurídica sino que basta con que en la acusación se le haya precisado de manera clara los hechos que ameritan el llamamiento a juicio, por lo que la calificación jurídica que allí se

hace puede variar, postura que es avalada por la jurisprudencia¹⁵; (iii) no se está violentando el principio de *non bis in idem* sino que se le está dando plena aplicación al principio de legalidad; y (iv) se respeta el principio de congruencia que media entre la acusación y la sentencia. En ítems siguientes se precisará de forma clara la dosificación de la pena para el procesado.

(...)

Sobre los recursos presentados por la Fiscalía y la parte civil.

5.12. Tal como se apuntó anteriormente la Sala variará la calificación jurídica realizada por el Juez en la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenará al encartado por la modalidad agravada de las conductas que le fueron imputadas en vista de la petición de la Fiscalía y porque el principio de legalidad así lo manda.

Por lo demás, no le asiste razón al Fiscal apelante en su solicitud de graduar la conducta de Vásquez Moreno como un concurso homogéneo y sucesivo de injurias en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de calumnias (adecuación técnica de lo que intentó decir este censor en su libelo) por el sencillo hecho que en la resolución de acusación no se relacionaron las razones por las cuales Andrés Alberto cometió en varias oportunidades los delitos de injuria y calumnia sino que se limitó a establecer que ese ciudadano había difamado a José Antonio Name Terán a través de una página web; si la Sala acogiera la postura del Fiscal, violaría sin lugar a dudas el principio de congruencia ya que se sorprendería a la defensa con un asunto del que no tuvo certeza des- de la instrucción y que solo se viene a proponer a esta altura de la causa.

5.13. En lo que sí acertó el Fiscal es en señalar que el procesado debe ser condenado conforme con lo reglamentado por el artículo 223 del Código Penal (como se dijo antes), asunto que será sometido en el aparte de la dosificación punitiva. Así pues se accede parcialmente a las peticiones de la Fiscalía en el recurso y se modificará el *quantum* de la pena al procesado Andrés Vásquez Moreno.

5.14. La Sala no halla razón para modificar el monto de los perjuicios que le fueron impuestos al procesado a favor de los familiares de José Antonio Name Terán porque: (i) si bien este recurrente manifestó que la actuación delincinencial le había impedido llegar a la Gobernación a ese ciudadano, no puede deducirse que las expresiones calumniosas del procesado hayan calado tanto entre los votantes al punto de haberles hecho cambiar su deseo electoral, más si se tiene en cuenta que las afirmaciones de Andrés Alberto se colgaron en una página web, medio al que (tristemente) la inmensa mayoría de la población del Atlántico no tiene acceso; (ii) no precisó claramente las razones por las que el Juez de primera instancia erró al tasar los perjuicios en 235 SMLMV, cifra que se acerca a la valoración que el apoderado de la parte civil hizo de los mismos en la demanda constitutiva (\$150.000.000); y (iii) no ofreció una mejor solución al caso y ni siquiera dijo cuánto debería ser el valor de los mismos. Por lo tanto no se accederá a las pretensiones reformatorias del recurrente.”

FUENTE NORMATIVA: Arts. 33, 221, 223 y 401 Ley 600 de 2000 y arts. 31, 58 y 61 Código Penal.

RADICACIÓN: 2011-780-P-MC

FECHA: 6 de marzo de 2012

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 2 de mayo de 2003, radicación No. 13341.

DECISIÓN: No accede a nulidad solicitada, modifica el fallo objeto de recurso en cuanto a la pena y a la multa impuesta al procesado.

RESPONSABILIDAD PENAL—Está demostrada con los elementos probatorios allegados al juicio oral /**TESTIGO PRESENCIAL**—Valoración probatoria de su relato /**RETRATOS HABLADOS Y RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS**—Medios de prueba que condujeron fehacientemente a la individualización e identificación del procesado/**TESTIGOS SOSPECHOSOS**—Lo constituyen la compañera permanente y amigos del encartado

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica. En el presente caso, la Sala estudia el recurso de apelación propuesto contra la sentencia de primera instancia que absolvió penalmente al procesado por la muerte de cuatro personas en la ciudad de Barranquilla y del delito de porte ilegal de armas. Se censura al Juez A- Quo por la falta de valoración probatoria de los elementos materiales allegados al juicio, así como los múltiples informes de policía y el testimonio de quien presenció los hechos.

Extractos. “5.2. De la materialidad de las conductas acusadas.

5.2.1. La Fiscalía y la defensa estipularon como pruebas los dictámenes de Medicina Legal respecto de los ciudadanos Juan Carlos Freyte Fernández, Ulises González Barrios y William Enrique Vilaro Bastidas, por lo que a la Sala no le queda la menor duda de que esas personas resultaron heridas por el ataque producido el 16 de enero de 2011 en el barrio Alfonso López de esta ciudad, producido por cuatro personas, entre las que se encontraba el procesado. No sobra anotar que esas personas sobrevivieron a la masacre en virtud a que fueron trasladadas a un centro asistencial de la ciudad.

5.2.2. Respecto de las personas fallecidas, las partes también dieron por probadas la muerte de las personas fallecidas, conforme con el documento suscrito por la Fiscalía y la defensa visible a folios 105 y 106 de la Carpeta. La Sala reseña los protocolos de necropsia así:

- a. Orlando Arrieta Téllez: “(…)”
- b. Luis Carlos Osorio Cárdenas: “(…)”
- c. Carlos Arturo Molinares Martínez: “(…)”
- d. Alberto Cuéllar Noriega: “(…)”

Por lo tanto no existe tampoco duda de que el 16 de enero de 2011 cuatro personas perdieron la vida de forma violenta en el barrio Alfonso López de esta ciudad a causa de los impactos que un grupo de personas armadas (entre las que se encontraba el procesado, como se acreditará más adelante) les propinaron. Además, tres personas resultaron heridas y lograron sobrevivir a los impactos gracias a la atención prestada en centros asistenciales.

5.2.3. Respecto al delito en contra de la seguridad pública, la Fiscalía allegó al juicio oral un certificado mediante el cual comprobó que Juan Carlos Molina Ahumada no tenía permiso para portar armas de fuego, razón suficiente para deducir la materialidad de esa infracción, todo porque (como se probará más adelante) el procesado actuó como coautor

impropio en las muertes de las personas reseñadas y en las lesiones de los sobrevivientes, los que fueron atacados con armas de fuego de defensa personal (folios 232 y 237 de la Carpeta).

En ese orden de ideas existe claridad para la Sala sobre la real ocurrencia de los delitos imputados ya que en los hechos violentos ocurridos el 16 de enero de 2010 en el barrio Alfonso López de Barranquilla murieron cuatro ciudadanos y tres resultaron heridos debido al ataque realizado por unos sujetos (entre los que se encontraba el procesado) que les dispararon en no pocas oportunidades con armas de fuego, de las que no tenían permiso para llevar consigo.

5.3. De la responsabilidad del procesado.

Contrario a lo que expuso el Juez de primera instancia la Corporación considera que existen los suficientes elementos de prueba para deducir que Juan Carlos Molina Ahumada era una de las personas que participó de manera directa en la muerte de los ciudadanos Luis Carlos Osorio Cárdenas, Orlando Francisco Arrieta, Carlos Arturo Molineros Martínez y Luis Alberto Cuéllar Noriega; además su acción típica causó heridas de gravedad a William Vilaro Bastidas, Ulises González y Juan Carlos Freyle Fernández los que sobrevivieron al atentado. Para sustentar la tesis condenatoria se debe tener en cuenta que:

5.3.1. Una vez tenido la información de la noticia criminal, Agentes de la Policía Judicial desplegaron su actividad investigativa a fin de determinar los autores probables del hecho. En su declaración como testigo de acreditación, el patrullero Kenny Marchena Pinto introdujo a la causa como prueba el informe de investigador de campo FPJ-11, en el que se precisó la forma en que se realizó la indagación por los hechos sucedidos el 16 de enero de 2010 y el medio que les permitió dar con uno de los testigos presenciales de los homicidios, que fue identificado como Manuel Yamid Carmona Hernández. Sobre ese particular se apuntó lo siguiente en el informe de policía:

“...debido a amenazas que se rumoraban en el sector acerca de que iban a empezar a matar a las personas que observaron (los homicidios) y fueran a declarar sobre este hecho, por miedo a lo que se rumoraba tuvo que desplazarse (el testigo Carmona Hernández) a la ciudad de Cartagena con su familia y empezar una vida de nuevo vendiendo helados...Al escuchar la narración de lo sucedido de ese día y al ver la gran importancia de esta información la cual nos llevará al esclarecimiento de este hecho, le preguntamos si estaba dispuesto a colaborar con todo lo sucedido de este hecho (,) nos dijo que sí y que no se le (h)a podido olvidar las características morfológica(s) de estos sujetos que cometieron esta masacre ya que es un recuerdo muy impactante...de esta manera esta unidad de policía judicial se desplazó con el señor **MANUEL YAMID CARMONA HERNÁN-DEZ** hasta la ciudad de (B)arranquilla llevándolo a la oficina de la fiscalía 41 de vida para que se entrevistara con el doctor ABELARDO MALO FERNÁNDEZ y posteriormente hacerle una declaración jurada. De igual forma por parte de ese despacho nos entrega una orden de policía judicial para que lleváramos al testigo con el laboratorio de criminalística regional N° 8 a-rea(sic) (de) morfología para que hiciera los dos retrato(s) hablado(s) de los presuntos autores materiales de este hecho punible. Después nos da otra orden de policía judicial para que hiciéramos reconocimiento en álbum fotográfico con característica(s) morfológica(s) a los retratos hablados, que consta de siete fotografías similares...” (Folio 234 Carpeta).

Y precisó el policial en su informe que al cotejar lo dicho por el testigo con los datos suministrados por otras fuentes (a las que denominó *humanas* y que por razones de seguridad no reveló) precisó que:

“...de igual manera me permito informar que...con los datos morfológicos aportados por el testigo presencial...se realizó un cruce de información con los datos aportados por la fuente humana, que daba a conocer que los **dos autores materiales** del homicidio colectivo que nos ocupa, se trataban de unos integrantes de una banda criminal que tiene injerencia en el área metropolitana de Barranquilla, conocida como “los paisas u oficina de Envigado”, haciendo énfasis en que estas dos personas son de la estructura sicarial del sur de la ciudad, que lideraba el sujeto conocido con el alias de “Pemby”...hace alusión la fuente humana que los autores materiales del hecho que se investiga, fueron los sujetos conocidos con los alias de “**EL CHOCO**” y alias “**EL LOCO**”, a quienes los describe morfológicamente de la siguiente manera...alias “EL LOCO”, la fuente ha indicado que se trata de un sujeto de aproximadamente 33 a 35 años de edad, de contextura gruesa, tez trigueña, cejas pobladas, usa barbas y en ocasiones se rasura, cabello liso con tintes amarillos (rayitos), forma de la cara gruesa, de baja estatura...” (Folio 138 Carpeta).

De conformidad con los anteriores apartes se tiene que ante la noticia criminal y la gravedad de los hechos ahora investigados, la Policía Judicial se dispuso a realizar una serie de actividades investigativas a fin de esclarecer y determinar las personas que habían intervenido en la masacre cometida en el barrio Alfonso López el 16 de enero de 2011. Al inicio de las actividades los agentes investigadores no tuvieron resultados positivos ya que conforme con lo dicho por las personas del lugar, se había lanzado una amenaza en contra de aquellos que quisieran colaborar con la Justicia a fin de esclarecer lo sucedido, lo cual develó que quienes estaban tras los homicidios eran personas que tenían gran poder en los habitantes del barrio y la suficiente fuerza para intimidarlos.

Empero, y gracias al buen trabajo de campo desarrollado por los policiales se pudo ubicar a uno de los testigos presenciales de los hechos, quien huyó de esta ciudad junto con su familia por las amenazas lanzadas hacia la ciudad de Cartagena a fin de proteger su vida, y fue identificado como Manuel Yamid Carmona Hernández; este ciudadano se encargó de realizar los correspondientes cotejos fotográficos y el retrato hablado que permitió identificar a los agresores. Esta información fue corroborado por el testigo de acreditación, patrullero Kenny Marchena Pinto durante el juicio oral.

5.3.2. El ciudadano Manuel Yamid Carmona Hernández compareció ante la Fiscalía a fin de rendir una declaración sobre los hechos objeto de debate. Ante la relevancia de sus decires, la Fiscalía ordenó la realización de un retrato hablado y un reconocimiento fotográfico y se encontraron los siguientes resultados:

a. En procedimiento de retrato hablado, el cual fue adelantado por el investigador Fabián Velilla Vergara (quien durante el juicio precisó las razones científicas que sustentaron su creación en el retrato que reposa a folio 164 de la Carpeta) que fue llevado a juicio oral y a través del que se introdujo ese documento como prueba a la causa, se hicieron las siguientes precisiones:

“Sexo: masculino; edad: de 30 a 35 años aprox.; estatura: 1.67 MTS. APROX; contextura: gruesa; forma cabello y color: corto, oscuro y con rayitos color amarillo; color de ojos: oscuro; nombre: desconocido; frente: altura: alta; ojos: estrechos, medianos, normales; color: oscuros; boca: grande; labios: gruesos; mentón: redondeado, bilobado; orejas, medianas normales, lóbulos separados; bigote: con bigote; barba: no; nariz: dorso recto, base media; cuello: longitud media...” (folios 164 y 164v Carpeta).

b. A fin de corroborar la información ofrecida por el declarante con la que reposaba en las bases de datos de los organismos de Policía Judicial, se realizó una diligencia de reconocimiento fotográfico (en el que estuvo presente una agente del Ministerio Público) la cual se registró en el Formato acta de reconocimiento fotográfico y videográfico – FPJ17 y que fue introducida en el juicio oral en debida forma. En esa diligencia se registró lo siguiente:

“...el otro es de piel trigueña claro, como de 1.70 de estatura aproximadamente, contextura gruesa, ojos medianos, boca mediana, labios gruesos, el pelo negro, pero tenía rayitos monos, como de 30 a 35 años de edad y estaba vestido de jean color azul, suéter de color azul oscura manga corta. lo manifestado por el testigo es que a él no se le olvida esa imagen como mataban a esas personas a sangre fría, que a donde él vea a esos sujetos los reconoce...”

c. Y en la misma diligencia de reconocimiento fotográfico (realizada el 27 de mayo de 2010) se obtuvieron los siguientes resultados:

“...en el álbum N° 1 señala (el testigo) a la persona que se encuentra en la posición N° 05 y esta persona corresponde al sujeto identificado como JUAN CARLOS AHUMADA MOLINA; lo reconoce porque él fue el que le disparó de frente al señor Orlando y otro señor que se encontraba al lado izquierdo sentado jugando dominó, manifiesta el testigo que este sujeto fue el que disparó primero. Seguida la diligencia se le pone de presente al testigo un álbum fotográfico que consta de 7 foto-grafías digitales, con personas de similares características y en diferentes posiciones correspondientes al álbum N° 2, la cual indica o señala: ‘al sujeto de la posición N° 06° sujeto identificado como JUAN CARLOS AHUMADA MOLINA...acto seguido se le pone de presente al testigo un álbum fotográfico que consta de 7 fotografías digitales, con personas de similares características y en diferentes posiciones correspondientes al álbum N° 3 el cual indica o señala: ‘al sujeto de la posición N° 01’...” (folios 252 y 253 Carpeta).(…)

Así pues si se coteja toda la información que se recogió en el proceso sobre las características de uno de los atacantes del 16 de enero de 2010 se tiene que apuntan de manera inequívoca hacia el ciudadano Juan Carlos Molina Ahumada, porque de manera el testigo Manuel Yamid Carmona Hernández acertó en rasgos morfológicos claves de aquél como el color de su piel, el tamaño de la base de su nariz, color de cabello, tamaño del cuello, forma de las orejas y de los lóbulos, forma de la cara y tamaño y grosor de los labios.

5.3.3. Como si no fuera poco lo anterior se tiene que durante su declaración en juicio oral el testigo Manuel Yamid Carmona Hernández no solo narró lo que vio y presencié esa tarde del 16 de enero de 2010 sino que reconoció al procesado Juan Carlos Molina Ahumada (quien se encontraba presente en la audiencia de juicio oral) como uno de los coautores de la masacre cometida en el barrio Alfonso López de esta ciudad. (...)

(...)

Las anteriores declaraciones no solo son de recibo para la Sala sino que develan de manera clara dos asuntos: (i) tan fuerte fue para el testigo el recuerdo de la muerte de esas cuatro personas y las heridas causadas a las otras tres que la imagen de las características físicas del procesado le quedaron grabadas en su mente, al punto que casi dos años después de los hechos fue coincidente y coherente en sus afirmaciones; y (ii) pese al cambio en su apariencia el

procesado fue una de las personas que participó en el homicidio colectivo cometido el 16 de enero de 2010 en el barrio Alfonso López de esta ciudad.

No desconoce la Sala que la Fiscalía apuntó en la acusación que el atentado fue cometido por cuatro personas que se movilizaban en una moto pero no existe evidencia que lo corrobore. Empero, el testigo Carmona Hernández afirmó que solo vio a dos personas como los atacantes lo cual en sí mismo no se erige como una contradicción ya que: (i) no se puede ser tan exigente con el testigo ya se trata de una persona de escasos estudios quien se dedica a vender helados; (ii) en su percepción fenomenológica de la realidad percibió solo a dos personas; y (iii) tanto en los informes de policía como en las necropsias se estableció que fueron dos las personas que perpetraron la masacre.

5.3.4. Finalmente la Sala no acoge los planteamientos hechos por los testigos de la defensa por una simple razón: se trata de personas allegadas al procesado (su compañera permanente y dos amigos suyos) quienes tienen interés en que Juan Carlos resulte inocente de los cargos que se le imputan, por lo que sus testimonios *per se* no son de recibo. Es más, resulta muy conveniente para la coartada defensiva afirmar en las diferentes declaraciones que Molina Ahumada se encontraba en un lugar diametralmente opuesto al de los hechos en una fiesta de despedida sin que se la defensa trajera al juicio a personas que compartieron con ellos y con el procesado, como el presunto taxista con el que Juan Carlos jugó *buchacara(sic)* (folio 271 Carpeta) y el “amigo” de aquél que fue a recogerlos a las 7 PM. Además resulta muy sospechoso que los testigos tengan coincidencias tan espectaculares, como la forma en que vestía, el color de su camisa, su pantalón e –incluso– lo ajustado que le quedaba. (...)

Por lo tanto y haciendo un análisis ponderado, justo en derecho y conforme a las reglas de la sana crítica, la Sala se aleja de los planteamientos de la defensa ya que no logró arrimar al juicio algún otro testimonio diferente al de las personas allegadas al procesado con los que pudiera demostrar que Juan Carlos Molina Ahumada no podía estar el 16 de enero de 2010 acabando con la vida de cuatro personas en el barrio Alfonso López de esta ciudad. Es más: el Tribunal se inclina por la tesis acusatoria ya que una persona indiferente al procesado, sin relación alguna con él narró de manera clara y coherente que fue Juan Carlos Molina Ahumada uno de los sicarios que acabó con la vida de Luis Carlos Osorio Cárdenas, Orlando Francisco Arrieta, Carlos Arturo Molina-res Martínez y Luis Alberto Cuéllar Noriega; además su acción típica causó heridas de gravedad a William Vilaro Bastidas, Ulises González y Juan Carlos Freyle Fernández.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, artículos 27, 31, 38, 55, 58 numeral 10, 61, 63, 104 y 365 Código Penal.

PROCESADO: JUAN CARLOS MOLINA AHUMADA

RADICACIÓN: 2012-057-P-MC

FECHA: 11 de julio de 2012

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Condena al procesado a 720 meses de prisión en calidad de coautor.

ESTAFA AGRAVADA–Elementos estructurales del tipo penal/**ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA**–Los existentes en el plenario conllevan a la certeza del juzgador sobre la responsabilidad penal del encartado/**TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**– Resulta ser la persona jurídica AUTOGERMANA S.A. por el hecho de la dependencia y subordinación de sus colaboradores/**RESPONSABILIDAD IN VIGILANDO**–Le asiste al distribuidor de automotores que omitió realizar las

actividades de divulgación y publicidad respecto de la ausencia de vínculos comerciales con EUROCAR Ltda y sus agentes vendedores para evitar perjuicios a terceros.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica. En el presente caso, se advierte que los señores Peter Manjarrez Romero y Alejandro Char & Cía adquirieron a título de compraventa en la concesionaria EUROCAR Ltda, filial de la empresa AUTOGERMANA S.A., vehículos de marca BMW, quienes dieron como parte de pago su vehículo TOYOTA y la suma de \$43.500.000 (Manjarrez) y la suma de \$85.000.000 más un vehículo BMW X5 por parte de la firma representada por Alejandro Char quienes después de haber entregado las sumas de dinero indicadas no obtuvieron la entrega de los vehículos que les habían sido prometidos en compra venta.

Extractos. “...refulgen de la foliatura de manera diáfana, por cuanto irrefutable es el hecho que el encausado recibió del señor Peter Manjarrez Romero y de la sociedad Char & Cía. Ingenieros Constructores, cuantiosas sumas de dinero, constatables en los cheques de gerencia girados a favor de Autogermana S.A., por intermedio de la sociedad EUROCAR Ltda., además de recibir como forma de pago una camioneta Toyota por parte del primero, y una BMW X5 por parte del segundo, las cuales si bien fueron recuperadas a posteriori de las mismas recibió un beneficio económico el Sr. Navarro Castillo.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de haber mantenido en error al tercero a fin poder obtener el provecho ilícito, encontramos de las denuncias y de las declaraciones del representante legal de Autogermana S.A., que si bien el encausado celebró el negocio jurídico en mención con los directamente perjudicados y había recibido de estos los anticipos por los vehículos a adquirir tanto en dinero como en especies, éste nunca hizo la orden o pedido, no obstante, afirmaba a las hoy víctimas que la mercancía objeto de la compraventa se estaba demorando por cuestiones meramente administrativas o de trámites, atendiendo que eran vehículos importados.

Tanto es así, que reposa a folio 99 del cuaderno instructivo No.1 declaración jurada que rinde el señor Peter Manjarrez Romero, en la cual manifiesta como el encausado lo llamaba de manera reiterada y “...decía que debía abonar rápidamente para que el carro llegara más rápido, procedí a entregarle 20.000.000.00 en cheque de gerencia a nombre de autogermana S.A...para confirmar el medido (sic) que ya el carro venía...”

Igualmente encontramos a folio 184 del cuaderno instructivo No. 1, misiva por medio de la cual Autogermana S.A., informa al señor Alejandro Char Chaljub, en su condición de presidente de la constructora que lleva su mismo nombre y víctima dentro del presente asunto, que si bien aparecen en sus registros contables la consignación de una suma de dinero proveniente del cheque de gerencia que por valor de ochenta y cinco millones estos expidieran, no corresponde a ningún pedido que a su nombre se realizara por parte de Eurocar Ltda., es más, en el último párrafo la importadora de vehículos afirma “*Revisados Nuestros pedidos, no hay constancia de una orden sobre el vehículo de las características mencionadas en su comunicación...*”.

Aunado a lo anterior, a folios 187 y 188 del mismo expediente encontramos una carta enviada por el encausado a Autogermana S.A., con fines de dar instrucciones sobre la distribución de los valores consignados a través del cheque de

gerencia girado por la sociedad constructora Char & Cia., donde se solicita que sea aplicado al pedido No. 9590534, el cual viene a corresponder finalmente a un automotor diferente a aquel sobre el cual se suscribiera contrato de compraventa entre el Señor Navarro Castillo y el Char & Cia.

Y así, reposa en el proceso un número importante de pruebas que acreditan la responsabilidad penal del encausado frente al reato por el cual fue llamado a juicio y finalmente condenado por el fallador de instancia, no existiendo duda de que con el actuar del procesado se estructuró a cabalidad el tipo penal contenido en el artículo 46 de la norma sustantiva, por cuanto además de encontrarse acreditado el provecho ilícito y el perjuicio de los terceros, también salta a la vista de lo antes reseñado los artificios o engaños a través de los cuales se obtuvo el fin último.

Navarro Castillo gozaba de una infraestructura que le permitía ganar la confianza de una exclusiva clientela interesada en adquirir vehículos de alta gama, de origen importado, lo cual no era propiamente una fachada, por lo cual puede concluirse que le resultaba fácil engañar a alguno o algunos de sus clientes como en este caso, para que estos basados en la confianza girara o entregaran importantes sumas de dinero con la creencia de que prontamente recibirían los codiciados vehículos deportivos o de lujo.

Por otro lado, en lo atinente al agravante punitivo que le fuere atribuido al encartado, no existe duda que la cuantía objeto de la estafa supera ampliamente los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes que como requisito objetivo impone el artículo 267 de la norma penal colombiana en numeral 1º, lo anterior resulta constatable tan solo teniendo en cuenta el desembolso realizado por parte de Char & Cia Constructores a través del cheque de gerencia No 228722, obrante a folio 138 del cuaderno instructivo No.1.

(...)

Resuelto lo anterior, procederá la Sala a abordar lo referente a la alegada prescripción de la acción civil y la consecuente extinción de la obligación en cabeza de Autogermana S.A., pretensión ésta que desde este momento será despachada desfavorablemente conforme los siguientes argumentos. Debiéndose traer a colación el artículo 43 y el artículo 98 del Código Penal Colombiano, ley 600 del 2000, en cuanto al primero para hacer alusión a que las cuestiones extrapenales se regulan acorde la materia aplicable a cada caso en particular y, en cuanto al segundo en punto de reforzar el hecho de la necesidad de la remisión a las normas propias de cada materia en especial en cuanto al tema de prescripción de la acción civil frente a terceros: (...)

(...)

Así las cosas, el término a contabilizarse para efectos de lo que se pretende por parte del apoderado judicial del tercero civilmente responsable, habiendo ocurrido el hecho generador de responsabilidad en el año 2004, la obligación civil en este sentido prescribiría en el año 2007, desencadenando esta sola situación que esta instancia procesal deseche lo que en ese sentido se pretende.

(...)

Teniendo en cuenta las jurisprudencias en cita, y en punto de poder establecer si existe o no responsabilidad solidaria entre la empresa vinculada al presente asunto en calidad de tercera civilmente responsable y el procesado, deberán analizarse las pruebas obrantes en el expediente a fin de establecer si el procesado estaba poniendo en "*...práctica una función determinada para servicio o utilidad del principal, y además, que en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal...*".

Así las cosas, se tiene que el encausado, ejercía las funciones de agente comercial de Autogermana S.A., en lo que respecta a esta zona del país, circunstancia esta que se pueden corroborar de la inspección realizada por parte de los funcionarios del CTI a las instalaciones de ésta en la ciudad de Bogotá, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

“...el señor RAFAEL HUMBERTO NAVARRO CASTILLO, como persona natural y posteriormente como personas jurídicas (sic), EUROCAR S.A. y EUROCAR LTDA, tuvo relaciones laborales y comerciales con la empresa AUTOGERMANA S.A...”¹⁶

Es más, de la lectura de tal informe, se puede observar que además de la compra y venta de vehículos, por parte del encausado se desarrollaban actividades de mantenimiento o repuestos de los mismos, y devengaba comisiones por tales actividades.

Igualmente encontramos a folio 242, misiva que fuere enviada por Autogermana S.A., dirigida al Sr. Alejandro Char, por medio de la cual le informan de un posible desperfecto que puede tener el vehículo por él adquirido, mostrándose así como la “*principal*” asume las posibles fallas del producto por el emitido a través de aquella empresa que vendía automotores en la ciudad de Barranquilla, en punto del desarrollo de su objeto social, por cuanto tal y como consta de la declaración del señor Ariel de Ávila Díaz¹⁷, todos los vehículos tipo BMW que había adquirido éste empresario, lo había hecho por intermedio de la sociedad EUROCAR, actitud de la empresa importadora que muestra la vigilancia y control sobre la conducta del otro.

Aunado a lo anterior, está el hecho irrefutable de que el encausado en cada una de sus operaciones mercantiles solicitaba que la expedición de los cheques de gerencia se hiciera a nombre de la sociedad Autogermana S.A., como una clara muestra de que la compañía representada por el encausado dependía de las actividades comerciales de la que funge como principal, y ésta a su vez se lucraba en el giro normal de sus actividades con las gestiones del encausado, quien se presentaba como su distribuidor autorizado en la Costa Atlántica, derivándose de esa supuesta relación contractual la confianza en los consumidores.

Es más, podría ahora afirmarse que la sociedad que aparece hoy vinculada a esta causa penal en calidad de tercera civilmente responsable, tenía conocimiento de que en tal calidad se presentaba EUROCAR LTDA., aseveración que tiene lugar de la lectura o mejor aún de la simple mirada de la multiplicidad de documentos obrantes en los expedientes y de los cuales se debe entender conocía la sociedad hoy vinculada como tercera, ya que reposa a folio 191 del cuaderno instructivo No. 1, documento a través del cual supuestamente el encausado solicitaba ser nuevamente concesionario autorizado, no obstante, se encuentra visible en el encabezado de tal pergamino la siguiente cita “*Concesionario Autorizado de Autogermana S.A. Importador y Distribuidos Oficial para Colombia de BMW – AG*”, situación ante la cual se debieron tomar los correctivos del caso en el evento de que no fuere cierto lo allí consignado, y no esperar a un impase como el que es materia del presente encartado, para dar a conocer a terceros la pretendida ausencia del vínculo que hoy amarra su responsabilidad.

¹⁶ Folio 56, Cuaderno Instructivo No. 2

¹⁷ Folio 215, Cuaderno Instructivo No. 2

Llama la atención que se aporta como prueba la carta enviada por el procesado con el membrete incluido con la expresión “Autogermana S.A.” pero no se aporta la respuesta pero tampoco ninguna reprimenda comercial ni confrontación por ese solo hecho.

Finalmente, aparece la declaración del señor Ariel Ávila Díaz, en la cual afirma que el diseño de sus tarjetas de presentación se hacía según los parámetros de su principal, que sin lugar a dudas venía a ser Autogermana S.A., como distribuidor autorizado en Colombia, igualmente asevera que eran invitados por cuenta de ésta a la ciudad de Bogotá a los lanzamientos de los nuevos vehículos BMW, lugar donde les daban la respectiva inducción y características de los mismos; que tenían un stand o puesto de ventas en el centro Comercial Buenavista y que desde allí como Agente Autorizado de Autogermana S.A., desarrollaba el objeto social tanto de la entidad para la cual se encontraba vinculada laboralmente como para la principal, es decir, no se impidió ni controló la creencia errada en la que podían incurrir los clientes potenciales y ciertos en el sentido de que el respaldo y la representación existía claramente.

(...)

Teniéndose entonces según la Jurisprudencia en cita, que no obstante no existe un vínculo contractual cierto, no por ese solo hecho se puede pretender por la tercera civilmente responsable desligarse de su obligación frente a los perjudicados directos del actuar delictivo del procesado dentro del presente asunto, ya que tal y como se encuentra probado, incuestionable es el hecho de la potestad de control, vigilancia y dirección de Autogermana S.A., sobre la sociedad EUROCAR Ltda., debiéndose confirmar en ese sentido el proveído a-quo.

(...)

Quedando claro aquí, que Navarro Castillo o Eurocar Ltda., utilizó la representación figurada o con apariencia en parte de Autogermana S.A. (por cuanto en algún tiempo si la hubo) inclusive como parte de su “mise in scene”, es decir como los alardes o teatros como dentro de su arte histriónico para sugerir o dar a entender que como empresario era parte o consorcio del concesionario general o propio de las marcas alemanas de vehículos automotores y Autogermana S.A., no hizo nada en su momento para impedir por lo menos que los Srs., Char y Manjarrez o cualquier otro cliente de la época así no lo entendiera, es por ello que hoy resultan responsables civilmente o solidario.

Por lo que perfectamente puede predicarse una culpa o responsabilidad civil contractual derivada o solidaria de tipo *in vigilando* al omitir la divulgación pública, clara y pertinente de que EUROCAR Ltda., no hacía parte de Autogermana S.A., pero también desautorizar a Navarro Castillo para seguir presentándose como tal.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 267 núm. 1 Ley 599 de 2000, Artículos 104,204, 407 Ley 600 de 2000, arts. 69 y 133 del C.P.C., artículo 2347 C.C

PROCESADO: Rafael Navarro Castillo

VÍCTIMAS: Peter Manjarrez Romero y Alejandro Char y Cia Ltda.

FECHA PROVIDENCIA: Mayo 31 de 2012

RADICACIÓN: 08001-31-04-002-2008-00372 / **2012-0010-P-CR**

DECISIÓN: No decreta nulidad, confirma parcialmente el fallo de primera instancia, revoca condena por perjuicios morales.

4.-ACCIONES CONSTITUCIONALES

CONDICIÓN PRE-PENSIONABLE- Lo ostenta quien reúne los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez/**RETEN SOCIAL**- No sólo es predicable a las entidades públicas en procesos de reestructuración conforme la jurisprudencia constitucional/**MUJER CABEZA DE FAMILIA**-Protección constitucional/**MÍNIMO VITAL**- Lo constituye los ingresos que solventan las necesidades básicas del núcleo familiar con dignidad y a plenitud.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, SALA PENAL

Causa fáctica. En el presente caso, la tutelante solicita la protección del juez constitucional en razón a la declaratoria de insubsistencia notificada por su empleador, quien afirma ser mujer cabeza de familia y ostentar actualmente la calidad de prepensionable, y que sus ingresos por concepto de salario constituyen su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Por lo anterior, depreca se deje sin efectos el acto administrativo de desvinculación por la existencia de un perjuicio de carácter irremediable.

Extractos. “En cuanto a la primera de las situaciones argumentadas por la accionante, es decir, la condición de prepensionable, se extrae del cuerpo de la demanda de amparo sin que sea refutado por la parte pasiva, que a la fecha cuenta con todos los requisitos necesarios para adquirir la pensión de vejez al encontrarse cobijada por el régimen de transición de que trata la ley 100 de 1993, por cuanto al momento de su entrada en vigencia contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad y quince (15) de servicio, situación que además es respaldada con los documentos anexos del expediente original.

Y en cuanto a la condición de mujer cabeza de familia, cabe decir que además de su dicho, existen documentos al interior de la foliatura con los cuales se respalda dicha afirmación, tal y como lo son dos declaraciones juramentadas ante notario, dentro de las cuales se afirma que su salario proveniente de la Procuraduría es el único sostén de su hogar, que comprende además de la alimentación y sostenimiento básico que le asiste, los gastos de su señora madre y una tía, ambas personas de la tercera edad, sumado al hecho que una de ellas se encuentra en un estado de discapacidad.

Teniéndose entonces por cierto e indiscutible, que la accionante efectivamente ostenta la condición de especial protección alegada, sin que pueda ser desconocida por la entidad accionada muy a pesar de la precariedad del vínculo laboral que existía entre éstas, la demandante está bajo el resguardo del denominado “*retén social*”, el cual si bien en principio es aplicable solo a las empresas del estado que se encuentren en procesos de reestructuración administrativa o liquidación, ha dicho la jurisprudencia de la alta Jerarca de la Constitución en sentencia T-1080 de 2006:

No obstante lo anterior, esta Corporación ha establecido que, como quiera que la protección para las madres cabeza de familia es un mandato constitucional, ella no puede limitarse en su aplicación a las precisas circunstancias de la ley 790 de 2002. En efecto, la Corte Constitucional, al resolver sobre la desvinculación de unas madres cabeza de familia de una empresa del orden distrital mediante acto no motivado, sostuvo:

*“(…) la protección laboral reforzada, para el caso de las personas discapacitadas y las madres cabeza de familia es mandato Constitucional, y su aplicación, en consecuencia, **no se circunscribe exclusivamente a los programas de renovación de la administración pública.** Así, se reitera, (i) para el caso de las personas discapacitadas, la protección constitucional se fundamenta en el deber del Estado Social de Derecho de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Art. 13. C.P.). **En lo referente a las madres cabeza de familia, (ii) la protección laboral reforzada deriva del imperativo constitucional, según el cual es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y a su núcleo familiar (Art. 42, 43, 44. C.P.).** Así las cosas, dentro del asunto objeto revisión, la presunta vulneración no es consecuencia de la inobservancia del artículo 12 de la ley 790 de 2002, si no que es producto del desconocimiento de las garantías constitucionales”. (Se subraya).*

De igual manera el amparo constitucional procede para proteger a quienes están cobijados por el denominado “*Retén Social*”, sin consideración a la clase o naturaleza de la relación laboral y aunque la entidad no esté en programas de renovación, contrario a lo sostenido por el apoderado de la entidad accionada.

(…)

Por lo tanto resulta indiscutible que la accionante se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, tanto ella como su núcleo familiar o personas a cargo, y que en caso de que el Juez Constitucional se sustraiga del reconocimiento del amparo de los derechos fundamentales que nos ocupan, se estaría avalando una situación ampliamente trasgresora de prerrogativas constitucionales de primer orden que derivarían indefectiblemente en una vulneración al mínimo vital.

Ciertamente, resulta evidente para la Sala que aquí no puede entenderse la apreciación que propone el representante de la accionada de que la actora es una profesional del derecho, y como tal pudiera garantizarse su sustento con el ejercicio liberal de la profesión de la abogacía, ello si bien viene a resultar un criterio respetable riñe con la realidad, pues tratándose de una empleada que ha dedicado toda su vida laboral a la función pública, que aunque ostenta más de treinta (30) años de servicio, es indiscutible que ni al día siguiente de desprenderse del cargo público, ni en semanas ni meses posteriores podría posicionarse fácil e inmediatamente en el mercado laboral o profesional a tal forma que le garantizara un ingreso mensual o periódico digno de las necesidades y obligaciones que como funcionaria exitosa habría logrado constituir a favor propio y de su núcleo familiar de continuar en la entidad.

La Honorable Corte Constitucional ha enseñado que el mínimo vital para cada persona es aquel ingreso económico que logra cubrir el mínimo de sus necesidades, pero acorde con su estatus y situación personal y familiar; de manera tal que el mínimo vital no sólo comprende el ingreso básico que cubre ciertas necesidades como de alimentación y servicios públicos, pues se concibe como el ingreso que permite cubrir las obligaciones y necesidades del solicitante con dignidad y a plenitud.

Tampoco el mínimo vital es sinónimo de salario mínimo como lo ha entendido algún sector de la doctrina, pues como se sabe este no alcanzaría a cubrir las necesidades de algunas personas, dependiendo de sus obligaciones, personas a su cargo (en este caso de la tercera edad), deudas, menesteres personales, enfermedades si las hubiere, etc.. Y es elemental

entender que un profesional del derecho para ubicarse en un ámbito competitivo que garantice una solvencia de ingresos, requiere años de dedicación y trabajo, así como la constitución de un nombre profesional o “Good Will” y una infraestructura básica, tal como una oficina con todos los elementos consustanciales a ella. Por lo tanto decir que se trata de una profesional que puede procurarse su sustento de un día para otro y cubrir sus necesidades con el ejercicio liberal de las ciencias del derecho, es desconocer una realidad tajante e indiscutible, por no decir que se trata de una afirmación alejada de la realidad que nos rodea, máxime cuando tampoco puede dejarse de lado la congestión judicial que a la fecha afecta todas las esferas de la justicia Colombiana, por lo que de presentarse la eventualidad de un rápido posicionamiento laboral, no permitiría una fluidez económica ni en corto ni mediano plazo.

Aunado a lo anterior se reafirma la Sala en el hecho de que estamos ante una persona que además de cabeza de hogar se encuentra ad portas de pensionarse, ya que llena los requisitos formales para ello, faltando únicamente el debido reconocimiento por parte de la entidad a que le corresponda tal función, lo cual refuerza la decisión que ahora se está por tomar en sede de tutela, sin que esto implique excederse en las competencias jurisdiccionales.

(...)

Por lo tanto, considera la Sala que no le asiste razón la Procuraduría General de la Nación al señalar que la actora no es beneficiaria del fuero de la estabilidad laboral reforzada, ya que a pesar de lo precario de relación laboral, no puede pasarse por alto la calidad de pre-pensionada y de mujer cabeza de familia de la accionante, lo que indiscutiblemente hace imperativa la intervención de Juez de tutela como veedor de los derechos fundamentales de los coasociados, en punto de salvaguardar las prerrogativas de un sujeto en situación de especial protección.

La protección que se le debe a quienes encuadran en la estabilidad laboral reforzada impone al estado-empleador que si hay otras causas distintas a la del despido por razones pensionales, el acto administrativo de insubsistencia debe ser expresa y concretamente motivado, con el fin de garantizar al afectado su derecho fundamental de defensa y contradicción; y si no lo motiva, en todo caso, tendrá la carga de la prueba para demostrar la causa objetiva de la separación del servicio.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 86 Const. Pol., Arto. 8° D. 2591/91, Ley 100 de 1993, art. 36, Corte Constitucional. Sentencias T- 571 de 2005, T-1080 de 2006, T-011 de 2011, T-734 de 2007, Consejo de Estado. Sentencias 2011-01541-01 19 de enero de 2012, 2010-00403-01 3 de marzo de 2011, Decreto 546 de 1971, arts. 6 y 12.

ACCIONANTE: MARTHA LUCÍA CHOPERENA VÁSQUEZ

ACCIONADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2012-00221-00

FECHA: Julio 3 de 2012

DECISIÓN: Concede amparo constitucional, deja sin efecto acto de desvinculación, ordena reintegro sin solución de continuidad, establece al empleador la obligación de iniciar trámites administrativos de pensión.

DERECHO COLECTIVO AL AMBIENTE SANO– Invulneración /**CONTAMINACIÓN AUDITIVA**–Debe estar plenamente probada en el proceso conforme los lineamientos de la normatividad pertinente/ **PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPAL**–Permite el ejercicio de actividades comerciales en el sector/**CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**–Inexistencia de estudios técnicos que determinen su ocurrencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR. Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES, SALA CIVIL–FAMILIA

Causa fáctica. En el presente caso, la parte actora acude ante el Juez Popular para que proteja sus derechos colectivos al medio ambiente y la seguridad y salubridad pública, pues considera que la cercanía con un taller de metalmecánica, pone en peligro el goce de estos derechos y el de su familia.

Extractos. “En el presente asunto, alega la actora, que el Establecimiento de Comercio denominado Arteacero de propiedad del señor Boris Antonio González Altamar, produce una contaminación ambiental por el ruido generado con el pulimiento del hierro, el humo que se produce con la soldadura, el cual es altamente tóxico para la salud y los malos olores provenientes del inmueble donde se encuentra ubicado tal establecimiento.

Es suficientemente conocido, que el ruido es un agente contaminante del medio ambiente, no obstante, para que estemos frente a una violación al derecho a disfrutar de un ambiente sano con ocasión al ruido producido por una actividad de la que es responsable alguna persona, debe tratarse de una perturbación sonora a niveles intolerables.

En nuestra legislación, el tema relacionado con el ruido como agente contaminante del medio ambiente, es desarrollado en el Decreto 2811 de 1974, la Resolución 8321 de 1983 del Ministerio de Salud y el Decreto 948 de 1995, que establecen la contaminación atmosférica por emisión de ruido y la Resolución No 0627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial “por la cual se establece la norma nacional de emisión de ruido y ruido ambiental”, en que se establecieron estándares para las emisiones sonoras, dependiendo del sector.

En el caso que nos ocupa, el taller Arteacero conforme al dictamen rendido por la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, visible a folios 151–152 del cuaderno principal, se encuentra ubicado en una zona residencial R2.

De acuerdo a Tabla 1 contenida en la mencionada Resolución No 627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la cual señala los estándares máximos permisibles de niveles de emisión de ruido expresados en decibeles DB(A) teniendo en cuenta el Sector y Subsector; al mencionado Establecimiento de Comercio el cual hace parte del Sector B conformado entre otros por las Zonas Residenciales, le es permitido emitir un nivel máximo de ruido de 65 décibels en el día y 55 en la noche.

De la revisión del plenario, se tiene, que no llevó a cabo dentro de esta acción, un estudio sonométrico que determine los niveles de presión sonora (decibeles) que produce el referido Establecimiento de Comercio^{-ver nota¹⁸⁻}, a efectos de poder arribar a la conclusión que tal ruido sobrepasa los topes máximos señalados, y que como consecuencia de ello, se les está vulnerando no sólo a la demandante y a su grupo familiar, sino a todos los que residen alrededor del lugar en donde está ubicado dicho Establecimiento, el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.

Si bien de las declaraciones recepcionadas, se desprende que efectivamente se genera ruido por la labor desarrollada en el taller, también lo es, que la emisión de ruido generada por el funcionamiento del taller debe tener un grado de

¹⁸ Pese a que tal prueba se decretó en el proceso, la misma no pudo practicarse toda vez que el CRA en su informe de fecha 14 de diciembre de 2011 manifiesta que encuentran en proceso de adquisición de los equipos de medida de acuerdo a las especificaciones establecidas en el art. 18 de la resolución No 627 de 2006, para efectuar las mediciones de ruido ambiental de acuerdo al ámbito de sus competencias.(ver folios 181–182)

significancia del aporte contaminante de muy alto impacto, para que constituya una violación al derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. Para esta Sala, es claro que el amparo a tal derecho colectivo procedería en la medida que estemos frente a una emisión de ruido que exceda los topes establecidos por las normas que fijan los límites de ley, en cuanto a la presión sonora en un barrio residencial, que resulta ser, el sector en donde se encuentra ubicado el taller.

En consecuencia, al no quedar fijado dentro del proceso que el establecimiento Arteaceros en el desarrollo de su actividad comercial -Fabricación Estructuras de Hierro- está superando los estándares máximos de emisión de niveles de ruido permitido, conforme a la Resolución No 627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, no es dable concluir que se está violando el derecho colectivo a disfrutar de un medio ambiente sano, ni ningún otro.

Por otra parte, y con respecto a la contaminación ambiental producto de los olores fuertes y desagradables, a los que hace alusión la accionante, generado por el taller; advierte esta Corporación que no se realizó, así mismo, estudio alguno que determine el grado de contaminación por emisión de gases producido por Arteaceros. La inspección judicial realizada en el lugar donde se encuentra ubicado dicho establecimiento, da cuenta de la percepción de un olor en el momento en que los trabajadores se encontraban pintando, pero en ella quedó igualmente sentado, que en la residencia de la accionante, lugar hasta donde se trasladó la A Quo en la diligencia, no se percibía ningún olor producto de la actividad del taller; y no se señaló la percepción de otro tipo de olores provenientes del mismo.

Así concebidas las cosas, concluye esta Sala de Decisión que no se encuentra probada la violación de los derechos colectivos de los cuales se pretende su protección, razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar el amparo solicitado por la accionante; no obstante, se abstendrá la Sala de condenar en costas en ambas instancias a la accionante al no evidenciar que la presente acción haya sido temeraria o de mala fe, casos en los que procede tal condena a voces de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 472 de 1998.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 472 de 1998, arts 2, 4 y 38, Decreto 2811 de 1974, la Resolución 8321 de 1983 del Ministerio de Salud y el Decreto 948 de 1995, Resolución No 0627 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

ACCIONANTE: Luz Elena Marriaga Montero

ACCIONADO: Arteaceros

FECHA PROVIDENCIA: Mayo 28 de 2012

RADICACIÓN: 08-758-31-03-001-2010-0255-01/ **36.640**

DECISIÓN: Revoca. Niega el amparo a los derechos colectivos. Sin costas en ambas instancias.

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ALVÁREZ
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Revisión: Dra. Lilian Pájaro De De Silvestri

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 004 – AGOSTO DE 2012

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA.

CONDICIÓN PRE-PENSIONABLE– Lo ostenta quien reúne los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez/**RETEN SOCIAL**– No sólo es predicable a las entidades públicas en procesos de reestructuración conforme la jurisprudencia constitucional/**MUJER CABEZA DE FAMILIA**–Protección constitucional/**MÍNIMO VITAL**– Lo constituye los ingresos que solventan las necesidades básicas del núcleo familiar con dignidad y a plenitud. *Página 32.*

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA–Agravación cuando se realizan por medios masivos de información/ **INTENCIÓN DE VOTO EN CONTIENDA ELECTORAL**– No se desvirtúa por afirmaciones deshonrosas transmitidas en portales web/**DIVULGACIÓN DE IDEAS POLÍTICAS Y CONVICCIONES PERSONALES**–No pueden servir de óbice para atentar contra el derecho a la honra de los ciudadanos. *Página 19.*

DESCUENTOS PERMITIDOS POR LA LEY–Aportes al sistema general de salud de los pensionados/**ENTIDAD PAGADORA DE LA PENSIÓN**–Cumple con mandatos legales al hacer deducciones dirigidas a la cotización en salud del pensionado a su cargo/**RECURSOS PARAFISCALES**–Lo constituyen las deducciones en materia de salud y pensión realizadas por el empleador. *Página 10.*

DERECHO COLECTIVO AL AMBIENTE SANO– Invulneración /**CONTAMINACIÓN AUDITIVA**–Debe estar plenamente probada en el proceso conforme los lineamientos de la normatividad pertinente/ **PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPAL**–Permite el ejercicio de actividades comerciales en el sector/**CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**–Inexistencia de estudios técnicos que determinen su ocurrencia. *Página 35.*

ESTAFA AGRAVADA–Elementos estructurales del tipo penal/**ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA**–Los existentes en el plenario conllevan a la certeza del juzgador sobre la responsabilidad penal del encartado/**TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**– Resulta ser la persona jurídica AUTOGERMANA S.A. por el hecho de la dependencia y subordinación de sus colaboradores/**RESPONSABILIDAD IN VIGILANDO**–Le asiste al distribuidor de automotores que omitió realizar las actividades de divulgación y publicidad respecto de la ausencia de vínculos comerciales con EUROCAR Ltda y sus agentes vendedores para evitar perjuicios a terceros. *Página 27.*

NULIDADES PROCESALES INSANEABLES–Falta de jurisdicción/ **REGISTRO MERCANTIL**–Naturaleza Jurídica/ **NULIDAD DEL REGISTRO MERCANTIL**–Por tratarse de un acto administrativo particular corresponde su conocimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa. *Página 2.*

PENSION ESPECIAL DE ALTO RIESGO– Debe reunirse la totalidad de los requisitos señalados en la ley para acceder a esta prestación económica/**COTIZACIONES REALIZADAS AL ISS**–Deben comprender todo el tiempo laborado bajo la exposición de factores de riesgo/**DISFRUTE Y CAUSACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL**–Diferencias. *Página 16.*

PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y LIBERTAD PROBATORIA–Deber de las partes de armonizar estos principios al momento de solicitar los medios de prueba/ **UTILIDAD DE LA PRUEBA**– Los medios de prueba solicitados deben ser útiles al trámite incidental y deben guardar una relación intrínseca con las características de la prueba objetada.

Página 4

PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA–Garantía del Estado Social de Derecho/**FUNCIONARIOS JUDICIALES**–Deber de cumplir las sentencias judiciales ejecutoriadas/**REFORMATIO IN PEJUS**– No aplica en materia laboral cuando es apelante único y hace más gravosa la situación del recurrente. *Página 13.*

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL–Semejanzas y diferencias/**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EDUCATIVOS**–Objeto/**TRASTORNOS COGNITIVOS Y EPISTEMOLOGICOS DEL MENOR** – No son imputables a la institución educativa. *Página 6.*

RESPONSABILIDAD PENAL–Está demostrada con los elementos probatorios allegados al juicio oral /**TESTIGO PRESENCIAL**–Valoración probatoria de su relato /**RETRATOS HABLADOS Y RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS**–Medios de prueba que condujeron fehacientemente a la individualización e identificación del procesado/**TESTIGOS SOSPECHOSOS**–Lo constituyen la compañera permanente y amigos del encartado. *Página 23*