

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



JUNIO 2015

Número 36

1. SALA CIVIL-FAMILIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN PROCESOS DE PERTENENCIA-Competencia del Juez Civil del Circuito ó Promiscuo del Circuito/**APLICACIÓN NORMAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**-No se encuentra en vigencia el artículo 27 de esta normatividad/**INTERPRETACIÓN IMPLAUSIBLE**- Es la realizada bajo la aplicación de normas aún no vigentes

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte un conflicto de competencia surtido entre dos Juzgados de la misma especialidad y circuito, pero de diferente categoría, en torno a las normas que gobiernan la competencia para conocer y decidir los procesos judiciales de declaración de pertenencia.

Extractos: “Se destaca que conforme al numeral 4º del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, la competencia para conocer los procesos de pertenencia, independientemente de su cuantía, está asignada a los Jueces Civiles del Circuito, proceso que ha de adelantarse conforme a las reglas especiales establecidas en el artículo 407 del mismo cuerpo procesal.

Sin embargo, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, se declaró incompetente, aduciendo la vigencia de los artículos 17¹ (del que está vigente solo en numeral 1º), 25² y 26³ del Código General del Proceso.

¹ **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 17:** Los jueces civiles municipales conocen en única instancia:

1. De los procesos contenciosos de mínima cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.(...)

² **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 25:** Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

³ **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 26:** La cuantía se determinará así: (...)

2. En los procesos de pertenencia, los de saneamiento de la titulación y los demás que versen sobre el dominio o la posesión de bienes, por el avalúo catastral de estos.

(...)

De sus reflexiones se desprende que las mencionadas normas derogaron los artículos 407 y 16, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, quedando entonces asignada la competencia para conocer los procesos de pertenencia, tanto a los Jueces Municipales como a los Jueces del Circuito, de acuerdo con la cuantía que estos tengan, determinando la misma conforme a las reglas del artículo 26 del CGP.

Ante tales aseveraciones, se debe indicar, que si bien de conformidad con el artículo 627 del Código General del Proceso, se encuentran vigentes los artículos 17 numeral 1° y 25 de dicho cuerpo procesal; también lo es, que el artículo 26 no lo está, por lo que no hay norma aplicable que permita determinar la cuantía para un proceso de declaración de pertenencia.

En este orden de ideas, no se comparte la aplicación normativa e interpretación realizada por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, en la medida que para efectos de determinar tal competencia, se debe aplicar en su totalidad el conjunto de normas que establezcan a plenitud la misma.

Así, al no encontrarse vigente norma alguna que establezca la forma de establecer la cuantía de un proceso de pertenencia para efectos de determinar el juez competente del mismo en razón de ello, es claro que no se puede aplicar este factor de competencia con fundamento en otras normas que no permiten su total precisión.

Así, es claro, como ya se dijo, que si bien se encuentran vigentes los artículos 25 y 17 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil, dichas normas no son suficientes para determinar la competencia por factor objetivo de cuantía ya sea a Jueces Municipales o a Jueces del Circuito, pues para ello, deben ir concordadas con otra disposición vigente que indique la forma de determinar dicho factor objeto; y comoquiera que el artículo 26 del CGP no se encuentra vigente, no pueden aplicarse aquellas.

Tampoco se observa que las normas que regulan la competencia de los Jueces Civiles del Circuito para conocer y decidir las demandas de declaración de pertenencia, hayan sido derogadas ni expresa, ni tácitamente.

Ello en razón que las únicas normas posteriores que regulan procedimiento relacionado con ello, son las establecidas en la Ley 1561 de 2012, las cuales establecen un proceso verbal especial para pertenencia, saneamiento de títulos, entre otros; con el fin de promover el acceso a la propiedad por parte de los poseedores materiales de bienes inmuebles; y frente a tal aspecto, ha decantado la H. Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 26 de dicha legislación, que se faculta al demandante para escoger la ley aplicable al proceso que este promueva, y que en caso de escoger esta, los términos comenzarán a correr desde el momento de su entrada en vigencia.

Así lo ha señalado la alta Corporación, al destacar lo siguiente:

(...)

De ahí, emerge que contrario a lo que consideró el juzgador accionado, la ley en cita no derogó el artículo 407 de la ley adjetiva que aún se encuentra vigente, ni mucho menos determinó ese trámite para todas los litigios de pertenencia, porque como se observa, incluso, el legislador en el Código General del Proceso, en su artículo 375

(que aún no se encuentra en vigencia), reguló el trámite establecido para este tipo de acciones.

En síntesis la normativa aplicada por el accionado, no es impositiva es permisiva, y le otorga al demandante la posibilidad de acogerse o no a ella, en caso de cumplir con los requisitos que la misma exige, puesto que es un trámite especial y expedito, creado por el legislador con el fin de garantizar, a los ciudadanos y en especial a la población campesina, el acceso a la propiedad, como quiera que es un proceso especial que comprende inmuebles urbanos y rurales que si bien no cuenta con las formalidades legales, tampoco están contemplados en la restitución de tierras a despojados⁴.

De lo anterior, emerge que no era viable que el funcionario judicial alterara por vía de interpretación el querer del demandante amparándose en la derogatoria tácita del artículo 407 de la ley procesal civil, pues como se dijo, el mismo se encuentra vigente, y si él libelista no pidió la aplicación de esa norma y por el contrario se opone a su aplicación, por no reunir los requisitos que la misma exige, le está vedado al juez imponerle ese trámite, pues por lo menos la ley así no lo prevé.

Esto, porque se advierte claramente de las diligencias aportadas, el actor en el libelo demandatorio y en la sustentación del recurso horizontal que formuló, pretende adquirir por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio y en subsidio extraordinaria el inmueble identificado con la cédula catastral No. 010000490005000, conforme los lineamientos de los artículos 306 y 407 del Código de Procedimiento Civil, (fl. 34 c.1.), por lo que en momento alguno se avizora que solicitara que se diera aplicación al proceso especial de que trata la Ley 1561 de 2012.

(...)⁵

Por su parte se debe establecer, que si bien en un principio, no podría generarse conflicto de competencia entre el Juez del Circuito y el Juez Municipal, lo cierto es que no se puede pasar por alto la aplicación de normas aun no vigentes, bajo una interpretación que no es plausible, y que altera en gran medida la competencia para conocer de procesos que en principio son privativos de los Jueces Civiles del Circuito (Promiscuos del Circuito).

Así, si bien esta Corporación no tendría facultad para decidir un Conflicto de Competencia aparente, no es menos cierto que atendiendo al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil y exaltando por ende el derecho al Juez Natural que ostenta carácter de material y Constitucional, no se puede aplicar de forma preferente el derecho adjetivo, y con ello, adoptar una decisión que dé cabida y lugar al yerro interpretativo del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, de tal suerte que conlleve ello a una cadena de desatinos jurídicos posteriores, que den lugar a su vez a un proceso viciado en tal magnitud, que se sacrifiquen posteriormente principios tales como el de economía procesal, así como la propia administración de justicia. Es por esta razón que se procede a resolver de fondo el Conflicto suscitado.

De tales reflexiones, es diáfano que la competencia para el presente asunto, se encuentra en cabeza del Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, por ser este el asignado de

⁴ Ponencia del senador Eduardo Enriquez Maya.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Providencia de Octubre 3 de 2013. MP: Ariel Salazar Ramírez. Radicación: 17001-22-13-000-2013-00224-01.

conformidad con los artículos 16 y 407 del Código de Procedimiento Civil para conocer y decidir los procesos de pertenencia.

Por tal razón, se procederá a dirimir el conflicto, asignándole al mencionado Juzgado la competencia de la cual no debió desprenderse bajo la aplicación de normas que aún no se encuentran vigentes conforme a lo ya explicado, y una interpretación implausible de las mismas.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 4, 16 numeral 4, 25 y 407 del C.P.C.; Código General del Proceso: artículos 17 numeral 1, 25, 26 y 627; Ley 1561 de 2012; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela de 3 de octubre de 2013, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

RADICACIÓN: 08-141-40-89-001-2015-00023-01/ **38975**

FECHA: Junio 12 de 2015

DECISIÓN: Declarar que el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga es el que debe conocer, tramitar y decidir el presente proceso, mientras el demandado no obre conforme el artículo 148 numeral 2° del C. de P.C.

ACUMULACIÓN DE DEMANDAS EJECUTIVAS-Procendencia/Interpretación finalística/CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN-No es dable al interprete distinguir lo que no está estipulado en la norma/No se encuentra impedimento que justifique la negativa a la solicitud de acumulación de demandas/CAMBIO DE DOMICILIO- Aún cuando el demandante efectuó un cambio de domicilio posterior al inicio del proceso ejecutivo, éste continuará ejerciendo su defensa como lo ha hecho hasta este momento.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte que la recurrente solicita la acumulación de una demanda ejecutiva instaurada contra EMDISALUD ESS – EPS-S, al proceso ejecutivo radicado 2010-00224, promovido por el Hospital Universitario CARI ESS, dentro del cual se libró mandamiento de pago en el año 2010, conforme a lo considerado en el auto que rechazó la acumulación.

Extractos: “La acumulación de demandas, definidas en el artículo 540 del C. de P.C., permite que en aras del principio de la economía procesal, se tramite el cobro de distintos créditos, por parte de uno o más acreedores contra un mismo deudor, dentro de un mismo proceso. Esto permite que se consiga un mayor resultado con una menor actividad de la administración de justicia y una disminución de los costos para las partes.

Las reglas contempladas para su procedencia y trámite son las contenidas en el artículo 540 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003. En primera medida, debe tenerse en cuenta que el plazo para presentar la demanda de acumulación, comprende el tiempo desde antes de la notificación del mandamiento ejecutivo y hasta antes de la ejecutoria del auto que fije fecha para el remate de los bienes o la terminación del proceso por cualquier causa. Quienes pueden solicitar acumulación son el ejecutante y los terceros contra cualquiera de los ejecutados.

De las reglas a observar se destaca la siguiente:

(...)

1. La demanda deberá reunir los requisitos de la primera y a ella se acompañará el título ejecutivo; pero si fuere de competencia de un juez de mayor jerarquía se remitirá el proceso para que resuelva y continúe conociéndolo, si fuere el caso. (Subrayado fuera de texto original)

Así, indiscutiblemente la demanda que se pretende acumular debe reunir los requisitos de la primera, esto son, los contemplados en el artículo 75 del C. de P. C., entre los cuales se encuentra la mención del domicilio del demandado.

Ahora bien, si se analiza desde la óptica finalista de la competencia territorial, se observa que pretendió el legislador garantizar el derecho a la defensa de quien es demandado en un proceso judicial, toda vez que cada una de las reglas de la competencia en razón del territorio, buscan hacer menos gravosa la situación del demandado, precisamente colocando el lugar donde se desata el litigio cerca de aquel. De ahí, que la regla general para la presentación de una demanda sea el lugar del domicilio del demandado. Sin embargo ésta regla no es absoluta, como se desprende del mismo artículo 23 del C. de P. C.

Aunado a lo anterior, además de la sola regla mencionada para la acumulación de demandas, la normativa contemplada para esta figura nada dice sobre la competencia para conocer de ella, excepto de lo dispuesto por razón de la cuantía de las pretensiones impetradas. Por esto, y teniendo en cuenta que lo que el legislador no distingue, no le es dado al interprete hacerlo, mal podría impedirse materializar los postulados de economía procesal, celeridad y eficacia a quien recurre a la administración de justicia persiguiendo unos intereses particulares.

2.2 Al examinarse el caso bajo estudio, se encuentra que la recurrente, solicita la acumulación de una demanda ejecutiva instaurada contra EMDISALUD ESS – EPS-S, al proceso ejecutivo radicado 2010-00224, promovido por el Hospital Universitario CARI ESS, dentro del cual se libró mandamiento de pago en el año 2010, conforme a lo considerado en el auto que rechazó la acumulación (Folio 79).

La razón esbozada por el a quo, es presunta falta de competencia para conocer de ésta demanda, toda vez que la ejecutada cambió de domicilio conforme a su certificado de existencia y representación legal, en el que consta que su domicilio y lugar de notificaciones es la ciudad de Montería.

No obstante, como ya se anotó no es dable al interprete distinguir lo que no está estipulado en la norma y por tanto, no se encuentra impedimento que justifique la negativa a la solicitud de acumulación de demandas, máxime si se considera que no es vulneratorio del derecho a la defensa tal acumulación, pues aun cuando el demandante efectuó un cambio de domicilio posterior al inicio del proceso ejecutivo, éste continuará ejerciendo su defensa como lo ha hecho hasta este momento. Por el contrario, considera esta Sala, que se facilita el acceso a la administración de justicia y se evita un desgaste procesal para ambas partes, al no ser imperiosa la presentación de una nueva demanda que dé inicio a un nuevo proceso.

Por estas razones se revocará la decisión del auto de fecha Diciembre 10 de 2014, para en su lugar conceder la acumulación de la demanda presentada por la apoderada judicial de la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SALUD COLSALUD S.A., en contra de EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD – EMDISALUD ESS – EPS-S, al proceso de radicación 2010-00224 promovido por el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI ESS.

En consecuencia, se ordenará al a quo proferir el mandamiento de pago correspondiente, si observa que la demanda de acumulación reúne los demás requisitos formales establecidos por el ordenamiento procesal civil.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 75, 23, 540 del C. De P.C.

DEMANDANTE: Compañía Colombiana De Salud – Colsalud S.A.

DEMANDADO: Empresa Mutual Para El Desarrollo Integral De La Salud – Emdisalud Ess – Eps-S

FECHA: Mayo 21 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2010-00224-01/**38.838**

DECISIÓN: Revoca la decisión del A quo.

2. SALA LABORAL

FUERO SINDICAL DE FUNDADORES- No se solicitó el permiso para despedir al demandante con el Juez del Trabajo/**COMISIÓN DE RECLAMOS-** Según los documentos recepcionados por la empresa se tenía conocimiento que el demandante era tercer suplente de la comisión de reclamos de la organización sindical/**MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA-** No son de recibo los argumentos que niegan conocer la designación del actor como Secretario de Bienestar Social y miembro de la Junta Directiva de la Subdirectiva de la “Unión Portuaria”,

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte que el actor pretende se le otorgue el reintegro al cargo que venía desempeñando por la garantía foral como miembro de la junta directiva del sindicato del que hacía parte.

Extractos: “Descendiendo al caso sub-examine, no es un hecho discutido en esta instancia que el empleador decidió dar por terminado el nexo laboral con el actor que ocupó el cargo de “auxiliar de seguridad física” el día **17 de febrero de 2.014**, tal como se encuentra demostrado con la carta del despido que milita a folios 19 a 20 y 50 a 51 del expediente.

Con miras a acreditar la existencia del sindicato “Unión Portuaria de los Trabajadores Activos y Pensionados de los Puertos Marítimos, Fluviales, Férreos, Aéreos y Zonas Aduaneras”, del cual afirma el actor emana su fuero sindical, se aportó copia de la constancia de depósito de cambio de Junta Directiva, Subdirectiva o Comité Seccional de una organización sindical No 0125 del **19 de julio de 2.013** emanada de la Inspectora de Trabajo de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo, de donde se extrae que el depósito de la constitución de dicho sindicato se efectuó mediante Acta No 005 del 24 de septiembre de 2.002, la cual también milita en el plenario⁶, y que el demandante Adalberto Nigrinis figura entre los cinco miembros suplentes de su Junta Directiva en calidad de Secretario de Bienestar Social (fls. 11 y 110)⁷.

⁶ Ver folios 108 reverso-109 y 116.

⁷ La anterior documental se corrobora con las certificaciones expedidas por parte de la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo en las que da constancia que “aparece inscrita y vigente la Organización Sindical denominada “Unión Portuaria” de Primer Grado y Gremial, con Acta de Inscripción No 005 de 2.002, con domicilio en Cartagena, Departamento de Bolívar”, y que dentro de la última Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional Barranquilla de la citada organización sindical se encuentra la constancia de depósito No 0125 del **19 de julio de 2.013** proferida por la Inspectora del Trabajo de la Dirección Territorial del Atlántico en donde se observa que

Así mismo, se encuentra en el informativo la copia del Acta de Asamblea General No 02 calendada julio 14 de 2.013 por medio de la cual se reestructuró la conformación de la Junta Directiva de la “Unión Portuaria” Seccional Barranquilla en donde se ratifica que el actor fue designado como Secretario de Bienestar Social (fls.111 reverso -112).

De otro lado, milita en el expediente como parte de los documentos enviados por el Ministerio del Trabajo la copia de la comunicación de fecha **19 de julio de 2.013** en donde se observa que el Presidente y la Secretaria de la Subdirectiva de la “Unión Portuaria” informaron al Ministerio del Trabajo sobre la reestructuración de su Junta Directiva adjuntando para tal efecto el Acta de Asamblea General, el listado de asistentes, la nómina de la Junta Directiva y la mencionada Acta de Inscripción No 005 de 2.002 (fl. 111).

También obra la fotocopia del memorando No. 14312-000128 de julio 26 de 2.013 suscrito por la Inspectora del Trabajo de la Dirección Territorial del Atlántico en el cual manifestó a la Subdirección de la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio de Trabajo, que enviaba el original del depósito del cambio en Junta Directiva de la organización sindical “Unión Portuaria” registradas bajo el No 0125 del **19 de julio de 2.013**, para su correspondiente trámite (fl.118).

Igualmente, hacen parte del acervo probatorio las siguientes comunicaciones dirigidas al empleador demandado:

- Copia del oficio 14312-006209 firmado por la Inspectora de Trabajo de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo de fecha julio 23 de 2.012 mediante el cual se informa al Gerente y/o Representante Legal de la demandada del cambio de la Junta Directiva del sindicato denominado “Unión Portuaria de los Trabajadores Activos y Pensionados de los Puertos Marítimos, Fluviales, Férreos, Aéreos y Zonas Aduaneras” - Subdirectiva Barranquilla de acuerdo con la mencionada Acta de Depósito No 0158 del 23 de julio de 2.012 (fl.109 reverso).
- Fotocopia del oficio 14312-000126 firmado por la Inspectora de Trabajo de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo de fecha julio 23 de 2.013 por medio del cual se informa al Gerente y/o Representante Legal de la demandada del cambio de la Junta Directiva del sindicato denominado “Unión Portuaria de los Trabajadores Activos y Pensionados de los Puertos Marítimos, Fluviales, Férreos, Aéreos y Zonas Aduaneras” - Subdirectiva Barranquilla conforme a la citada Acta de Depósito No 0125 del **19 de julio de 2.013** (fl.111).

Además, se tiene que durante el desarrollo de la litis fue interrogada la Representante Legal de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla Doctora Fabiola Margarita Martínez García⁸, quien afirmó estar laborando con la demandada desde el 8 de julio de 2.013 y sostuvo enfáticamente que no se solicitó el permiso para despedir al demandante con el Juez del Trabajo porque según los documentos recepcionados por la empresa se tenía conocimiento que el señor Adalberto Nigrinis era tercer suplente de la comisión de reclamos de la organización sindical, es decir, que estaba inscrito en el tercer renglón de dicha

el señor Adalberto Nigrinis hace parte de la Junta Directiva como miembro suplente en el cargo de Secretario de Bienestar Social (fls.97-98 y 101-102).

⁸ Audiencia del 16 de julio de 2.014, min 7:30archivo18CD-4:33 archivo22CD.

comisión o que era suplente de la misma, lo cual con arreglo a la Ley considera que no le otorgaba fuero sindical. De igual manera, negó tener conocimiento previo acerca de la designación del actor como Secretario de Bienestar Social y miembro de la Junta Directiva de la Subdirectiva de la “Unión Portuaria”, de acuerdo a lo consignado en el Acta 0125 del Ministerio del Trabajo toda vez que de ello se enteró con ocasión a la interposición de la demanda y la diligencia de interrogatorio.

Valorando en conjunto las anteriores probanzas, tenemos que en este especialísimo caso para el día en que se produjo la desvinculación del actor <**17 de febrero de 2.014**> la garantía foral que pregona tiene plena eficacia y es oponible frente a terceros e incluso ante su empleador ya que operó a partir de la calenda en que la Subdirectiva de la organización sindical a la cual pertenece el demandante informó al Ministerio del Trabajo sobre su elección como uno de los cinco miembros suplentes de la Junta Directiva <**19 de julio de 2.013**>, designación que fue depositada ante ese Ministerio en la misma fecha bajo el Acta No 0125, sin que sea óbice el hecho de que el aludido oficio de dicha Dirección del Ministerio del Trabajo con fecha de julio 23 de 2.013, carezca de constancia o sello de recibo por parte de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla como para que en gracia de discusión se considere que a la demandada no le era oponible ni le era exigible respetar la garantía en mención toda vez que el Máximo Tribunal de lo Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 371 del C.S.T. claramente dispuso que resulta suficiente o basta con la primera comunicación de notificación ya sea al Ministerio del Trabajo o al empleador acerca del cambio en la Junta Directiva de un sindicato para que opere inmediatamente el fuero sindical, de manera que la eventual omisión en que incurra la autoridad administrativa del Trabajo al no comunicar inmediatamente al empleador los cambios de las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales que lleguen a su conocimiento, no puede atribuirse en perjuicio del trabajador y nuevo directivo sindical que ha cumplido con su deber de informar a dicha autoridad sobre su elección, y por lo tanto, el patrono debe atender el fuero sindical que ostenta su empleado y solicitar en caso de que lo requiera ante el Juez Laboral la autorización para el despido al serle plenamente oponible tal garantía.

Luego, fuerza concluir que el actor para el momento del despido sí estaba amparado por fuero sindical al demostrarse que la garantía foral operó ante el empleador a partir del momento en que la organización sindical informó al Ministerio del Trabajo sobre su designación como miembro de la Junta Directiva, de manera que para efectuarse el despido del demandante se requería de previa autorización judicial, lo cual no hizo la empresa demandada, siendo procedente entonces acceder al reintegro deprecado, y por ende, no prospera la excepción de inexistencia de las obligaciones formulada por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, debiéndose revocar la absolución dispensada por el A-quo.

No obstante lo anterior, como la demandada propuso oportunamente la excepción de prescripción, pasa la Sala a analizar si la acción de reintegro se encuentra prescrita.

El artículo 118A del C.P.T.S.S. adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2.001, norma que se encontraba vigente para la fecha de instauración de la demanda que ocupa la atención de la Sala, establece que:

“Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como

justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.

Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término de dos (2) meses". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Lo anterior significa que el trabajador tiene el término de dos meses para la presentación de la respectiva demanda de reintegro, contados a partir del momento "*del despido, traslado o desmejora*" o de lo contrario la mencionada acción estaría prescrita.

En este orden de ideas, en el presente caso debe contarse el término para presentar la demandada de reintegro a partir de la fecha en que se le comunicó al actor el despido, que lo fue el **17 de febrero de 2.014**⁹, por lo que el término de prescripción en principio vencía el 17 de abril de 2.014 pero como el señor Adalberto Nigrinis Fuentes elevó a su empleador reclamo escrito el día 26 de marzo de 2.014¹⁰ y presentó la demanda en la Oficina Judicial el día 11 de abril de 2.014¹¹, refulge con nitidez que la misma fue instaurada dentro del término que establece el artículo 118A del C.P.T.S.S., razón por la cual se impone declarar no probada la excepción de prescripción."

FUENTE NORMATIVA: Ley 584 de 2.000, Parágrafo 2° del artículo 12 modificatorio del artículo 406 del C.S.T.; Numeral 2° del artículo 407 del C.S.T., Corte Constitucional: Sentencia C-465 del 14 de mayo de 2.008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia C-695 del 9 de julio de 2.008, M.P. Jaime Araujo Rentería, y C-737 del 23 de julio de 2.008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que declararon estarse a lo resuelto en la sentencia C-465 de 2.008.

FECHA: Marzo 12 de 2015

DEMANDANTE: Adalberto Junior Nigrinis Fuentes.

DEMANDADO: Sociedad Portuaria Regional De Barranquilla.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2014-00190-01/**53.153-F-A.**

DECISIÓN: Revoca en su integridad la sentencia apelada. Declara no probadas las excepciones de mérito. Condena al reintegro sin solución de continuidad del demandante.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-Disputa entre cónyuge y compañera permanente/ REQUISITO DE LA CONVIVENCIA CON EL CAUSANTE- Se dio de manera sucesiva, por lo que le correspondía a la compañera permanente demostrar haber convivido con el causante durante los cinco años anteriores a su muerte

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. HEIDI GUERRERO MEJIA

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia el conflicto jurídico de la pensión de sobrevivientes que deja una afiliado al sistema, por la solicitud elevada por su cónyuge supérstite y quien fuera su compañera permanente.

⁹ Folios 19 a 20 y 50 a 51.

¹⁰ Ver folios 16 y 17.

¹¹ Ver folio 5 reverso.

Extractos: “No se discute en esta instancia que el señor Urbano Hernández Villarreal se encontraba pensionado por Cajanal a la fecha de su deceso acaecido el 1° de agosto de 2012, por lo cual la norma a aplicar en este caso es la ley 797 de 2003, la que en su artículo 12 modificatorio del artículo 46 de la ley 100 de 1993 estableció que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa entre otros a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez.

A su vez, el artículo 13 de la ley 797 citada que modificó el artículo 47 de la ley 100 establece que el cónyuge y la compañera (o) permanente tienen derecho ambos a la pensión de manera proporcional al tiempo convivido con el causante, así:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional [C-1035](#) de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Texto resaltado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014.

Esta norma trae las siguientes hipótesis:

- (i) Pensión vitalicia para el cónyuge o compañera (o) permanente mayor de treinta 30 que acredite vida marital con el causante dentro de los cinco años anteriores a su deceso.
- (ii) Pensión temporal de 20 años para el cónyuge o compañera (o) permanente menor de 30 años que haya tenido vida marital con el causante dentro de los cinco años anteriores a su deceso y que no hubiesen procreado hijos. Si procrearon hijos y se demuestra la convivencia en el lapso anterior, la pensión de convierte en vitalicia.

- (iii) Pensión proporcional al tiempo convivido para el compañero permanente que tenga vínculo conyugal anterior no disuelto con derecho a percibir pensión.
- (iv) Pensión proporcional al tiempo convivido para el cónyuge o la compañera (o) permanente en los casos de convivencia simultánea por lo menos durante los cinco años anteriores a la muerte del causante.
- (v) Pensión proporcional para la compañera (o) permanente en el caso de que la convivencia no haya sido simultánea y demuestre que convivió con el causante dentro de los cinco años anteriores a la muerte. La cónyuge tiene derecho a la proporcionalidad de la pensión en estos eventos cuando subsista el vínculo marital pero exista separación de hecho.

Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia del 2 de octubre de 2013, radicación 44454, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, expresa que:

“Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia de 20 de mayo de 2008, rad. N° 32393).”

Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia de 20 de noviembre de 2011 rad. N° 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al *sub lite*, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también *“la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cuius”*, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia de 24 de enero de 2012, rad. N° 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que la cónyuge separada de hecho pudiera acceder como beneficiaria a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el *de cuius* durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

Esa hermenéutica en palabras de la Corte, hace efectiva la finalidad de la norma que:

“equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía,

relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social”.

Por último, en fallo de 13 de marzo de 2012, rad. N° 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la “*unión conyugal*” y el artículo 42 de la Constitución Política señala que “*los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil*”. La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

En esta última providencia dijo la Corte textualmente:

“El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la “unión conyugal” y la restante con la de la “sociedad conyugal vigente”. Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que “los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”, y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado”.

Del anterior panorama jurisprudencial emerge con meridiana claridad, que se equivocó el Tribunal en la hermenéutica impartida al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al estimar que de conformidad con ese precepto se exigía a la cónyuge supérstite separada de hecho, convivencia con el pensionado fallecido en el momento de la muerte y no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a ella.”

No obstante en el sentencia C-336 de 2014, la Corte Constitucional precisó que

“Ahora bien, en lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia –no simultánea–, tan solo difiere de la anterior concepción en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho.”

Descendiendo a este caso analizaremos la situación tanto de la demandante como de la litisconsorte.

Con respecto a la accionante hemos de decir que a folios 22 y 24 se pueden leer las declaraciones extraproceso de los señores Aníbal de Jesús Acuña Polo y Manuel Antonio

Tapia Carvajal, quienes manifestaron que la demandante y el finado convivieron por espacio de 49 años desde que se casaron hasta la fecha de su deceso; que desde el año 1984 hasta el año 1991 el occiso se separó de hecho de la demandante aunque nunca dejó de cumplir con sus deberes de esposo y la visitaba constantemente, lo que corroboraron en las declaraciones que les fueron recepcionadas en el curso del proceso; también manifestaron que el occiso tuvo otra relación con otra señora con la que tuvo dos hijos pero que regresó a la casa con su esposa.

Se encuentra demostrada entonces la convivencia entre la demandante y el señor Urbano Hernández Villarreal por más de cinco años contados desde la fecha su muerte hacia atrás.

Con respecto a la señora Yadira Evelyn Zambrano Pérez encontramos a folio 52 declaración extraprocésal rendida el 16 de mayo de 2012, la que no puede ser tenida en cuenta dado que si bien fue suscrita por el causante, fue rendida por ella misma y a nadie le es lícito valerse de su propia prueba. A folio 53 está declaración jurada extrajudicial de la demandante y el occiso rendida el 20 de marzo de 2009, que da cuenta de la unión marital de hecho que conformaron, pero que solamente acredita la convivencia hasta dicha data. Igualmente aparece a folio 54 certificación expedida por la Unión Temporal del Norte- Región 3, Organización Clínica General del Norte S.A., Clínica Las Peñitas SAS y Medicina Integral S.A, expedida el 3 de septiembre de 2012 y suscrita por el Auxiliar de Afiliaciones Magisterio-Atlántico en la que se hace constar que la señora Yadira aparece registrada como beneficiaria del señor Hernández Villarreal lo que le permite recibir servicios médicos integrales, y unas fotografías en las que aparentemente se encuentra bailando con el occiso y otra en la que presuntamente aparece con el mencionado señor y un niño, pruebas éstas de las que no se infiere la convivencia dentro de los cinco años anteriores a la muerte del causante.

Por otro lado, en la fijación del litigio se dieron por ciertos varios hechos de la demanda, excluidos del litigio, entre ellos el 16 en el que se afirma: *“La señora YADIRA EVELYN ZAMBRANO PEREZ, manifiesta que convivió con el finado durante 28 años hasta el momento de su fallecimiento (1 de agosto de 2012).*

El hecho de que se afirme que la mencionada señora manifiesta una convivencia con el finado durante 28 años hasta el momento de su fallecimiento, no significa que se esté aceptando tal manifestación, pues en ninguna parte del libelo ni en ningún otro medio probatorio la demandante admite tal convivencia. Es más siempre dijo que el señor Hernández Villarreal se ausentó de su casa entre 1984 y 1991 para luego regresar y donde se quedó hasta su fallecimiento.

Así pues, no se trata de una convivencia simultánea, pues de las pruebas lo que emerge es que se dio de manera sucesiva, por lo que le correspondía a la compañera permanente demostrar haber convivido con el causante durante los cinco años anteriores a su muerte, lo que no ocurrió en el *sub-lite* puesto que la declaración jurada rendida por ella y el occiso data del 20 de marzo de 2009, es decir, con más de tres años de anterioridad a la fecha de la muerte, lo que tampoco se acredita *per se* con el pago del auxilio funerario a su favor.

Así las cosas, se concluye que la demandante Evangelina María Blanco de Hernández sí tiene derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada, no ocurriendo lo mismo con la litisconsorte necesaria, señora Yadira Evelyn Zambrano Pérez quien no acreditó tener derecho a la misma.

En cuanto al pago del retroactivo es suficiente expresar que la pensión de sobreviviente se causa desde la fecha de la muerte del causante y por tanto las mesadas se causan a partir de dicha data sin que para ello se tengan en cuenta los criterios de buena o de mala fe, lo que no inciden para nada en la generación de la mencionada prestación, razón por la cual no le asiste razón al demandado y en consecuencia deberá confirmarse la sentencia apelada.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 13 de la ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 47 de la ley 100 de 1993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral: Sentencias del 2 de octubre de 2013, radicación 44454, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, y 13 de marzo de 2012, rad. N° 45038. Corte Constitucional: Sentencia C-336 de 2014.

DEMANDANTE: Evangelina María Blanco de Hernández

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. y Yadira Evelyn Zambrano Pérez.

FECHA: Junio 3 del 2015

RADICACIÓN: 08-001-31-05-010-2013-00099-00/ **51.284/12.446 – A - G**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

PENSIÓN CONVENCIONAL EDT-Rectificación jurisprudencial/ La norma convencional permitía al accionante la posibilidad de pensionarse pese a estar desvinculado laboralmente/**DERECHOS ADQUIRIDOS-** Se encuentra amparado al tenor de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005/ La edad es sólo una condición para la exigibilidad de la pensión, una vez se haya cumplido el requisito del tiempo de servicios

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que la parte actora pretende que se le reconozca el derecho a la pensión de jubilación contemplada en el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo de la extinta Empresa Distrital de Teléfonos.

Extractos: “Para la Sala no cabe duda acerca de la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la EDT, desde el 12 de junio de 1991 hasta el 15 de diciembre de 2006¹².

Dilucidado lo correspondiente a la existencia del contrato de trabajo y los extremos laborales, es del caso adentrarnos en la resolución del caso.

El artículo 42 Convencional¹³, literal b) reza:

“JUBILACIÓN: LA EMPRESA reconocerá a todo su personal un régimen especial de jubilaciones así:

(...)

b) Los empleados que presten o hayan prestado diez (10) años o más de servicio a la Empresa y menos de veinte tendrán derecho a la jubilación proporcional según el tiempo de servicio, cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres; en estos casos para establecer

¹² Fls. 79-80

¹³ Fls. 81-118, Convención Colectiva de Trabajo traída a los autos en copia con su respectiva constancia de depósito

el salario de liquidación se tomarán en cuenta los mismos factores del último sueldo y el promedio de las prestaciones en la forma establecida en el ordinal a). Para la jubilación proporcional no se tendrán en cuenta los años de servicio prestados en otras entidades oficiales.

(...)

d) Los derechos especiales de jubilación consagrados en este convenio se pierden cuando el empleado es despedido por justa causa”.

En el sub lite se observa que el enjuiciante cumple con el requisito de tiempo de servicio, pues alcanzó a laborar 15 años, 6 meses y 3 días. Igualmente de la carta de terminación del contrato de trabajo adosada se extrae que no operó por justa causa¹⁴.

En cuanto a la edad se tiene que fue aportada la copia de la cédula de ciudadanía del accionante¹⁵, documento éste que según la recurrente no debe tenerse como tal. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de marzo de 2013, Rad. 42390, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, sostuvo que “(...) la demostración de la edad de una persona como requisito para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, no está sujeta a tarifa legal de pruebas, y por ende, no requiere de un medio de convicción solemne para el efecto”. Por tal motivo, no incurrió en yerro alguna la jueza de primer grado al estimar como prueba de la edad la copia de la cédula de ciudadanía.

Siendo ello así, tenemos que la edad fue adquirida el 30 de mayo de 2009¹⁶, calenda para la cual no se encontraba laborando, amén que tampoco existía jurídicamente la EDT¹⁷.

Acerca de la interpretación de la cláusula convencional expuesta con anterioridad, ésta Sala de Decisión ya tuvo la oportunidad de referirse en un caso similar al planteado donde además fungía como demandada la EDT¹⁸, adoptando la postura esgrimida en la sentencia del 4 de junio de 2008, Rad. 33475, de Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia. Así expusimos:

“... ”

A juicio del Despacho, ciertamente como así lo ha manifestado la Honorable Corte, la norma convencional mencionada permite la interpretación efectuada por el aquo, esto es que resultaba aplicable a la demandante pues por un lado la expresión “hayan prestado” se refiere al tiempo pasado y por el otro, “cuando cumplan” sugiere que la edad es solo una condición para la exigibilidad de la pensión, una vez se haya cumplido el requisito del tiempo de servicios. En similar sentido lo consideró el Consejo de Estado en ponencia del 14 de noviembre de 2002, Sala de Consulta y servicio Civil, Consejero ponente FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE: “(...)”.

Interpretación ésta que la Corte Suprema de Justicia permite¹⁹: “(...) De otro lado, se impone a la Corte Suprema de Justicia precisar que esta Corporación no ha fijado el carácter definitivo del alcance del artículo 42 de la convención colectiva, toda vez que en las diferentes

¹⁴ Fls. 76-78

¹⁵ Fl. 120

¹⁶ nació el 30 de mayo de 1959, fl. 120

¹⁷ A través de Resolución No. 095 del 15 de diciembre de 2006 se declaró la terminación de la existencia legal de la EDT, fls. 54-56

¹⁸ Sentencia del 8 de octubre de 2008, Proceso Ordinario de Dennys Gutiérrez contra la EDT.

¹⁹sentencia del 2 de mayo de 2012, Rad. 43746

oportunidades que se ha sometido a escrutinio su estudio ha respetado los diferentes ejercicios hermenéuticos efectuados por los juzgadores, en la medida en que no riñen con la lógica, ni resultan absurdos, y menos contraevidentes”.

Bajo el entendido que la inteligencia de la norma convencional permitía al accionante la posibilidad de pensionarse pese a estar desvinculado laboralmente, es obvio que tenía derecho a la prestación reclamada desde el 30 de mayo de 2009, tal como lo arguyera la inferiora.

Es bien sabido que el acto legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los beneficios convencionales:

"Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

En sentencia del 3 de mayo de 2011, Rad. 39495, reiterada en la del 14 de febrero de 2012, Rad. 45402, dijo la Máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria, lo siguiente:

“(…)

Lo anterior obedece a que **la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos de trabajo, laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la merma de los derechos adquiridos, mientras esos estatutos o actos estuvieron en pleno vigor.**

(…)

Del mismo modo, queda vigente un régimen de naturaleza transitoria, según el cual las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado sin que en los convenios o laudos que se suscriban entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, puedan pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes, perdiendo vigencia en cualquier caso, en la última calenda anotada.

Ahora, el <término inicialmente estipulado> hace alusión a la duración del convenio colectivo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, dicho acto jurídico regiría hasta cuando se finalice. Ocurrido esto, la convención colectiva de trabajo pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere.

Lo que significa, que por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de

expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, (...)".

Y en sentencia del 3 de abril de 2008, radicación 29.907, M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, puntualizó esa misma Corporación:

“No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.”

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia SU-555 de 2014 con ponencia del doctor Jorge Pretelt Chaljub, al respecto explicó que el parágrafo 3° del Acto Legislativo contempla tres situaciones:

- 1) La concerniente a los derechos adquiridos, que son los surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplieran los requisitos para esa misma época.
- 2) Las relacionadas con las expectativas legítimas de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes, es decir, cuyos términos iniciales no se vencieron a la entrada en vigencia del acto legislativo) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010. Estas expectativas legítimas de conformidad con esta sentencia son respetadas por el parágrafo 3° del mencionado Acto Legislativo 01 de 2005.
- 3) Las situaciones que surjan después del 31 de julio de 2010 no se tendrán siquiera como una expectativa.

Se puede decir que tal derecho tiene la connotación de “adquirido”, por lo cual se encuentra amparado al tenor de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005. En efecto, como quiera que – se itera- conforme a la inteligencia de la disposición estudiada la edad es sólo una condición para la exigibilidad de la pensión, una vez se haya cumplido el requisito del tiempo de servicios, y no otro presupuesto más para su causación, es notable que si era “adquirido”, pues al acreditar más de 10 años de servicios y menos de 20 - único presupuesto de causación- ya hacía parte de su patrimonio. Recuérdese que para el Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. JACOBO PÉREZ ESCOBAR Expediente 4075 de Agosto 26 de 1983, "Por derechos adquiridos se tienen aquéllas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado".

"El derecho adquirido o constitutivo, en el campo de la técnica jurídica, equivale a la situación jurídica subjetiva, individual o concreta y creada por un acto o hecho de igual indole con fundamento en una situación jurídica general u objetiva". De hecho, recientemente la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia²⁰ casó una sentencia de este Tribunal²¹ mediante la cual se declaró de oficio probada la excepción de petición antes de tiempo frente a una pensión de jubilación convencional como la que se estudia, arguyendo lo siguiente:

“(…)

Frente a tal punto, una vez reexaminada la estructura gramatical de la norma, así como la intención lógica y razonablemente deducible de sus componentes, para la Sala la cláusula convencional en referencia en realidad está estructurada como una especie de pensión proporcional o restringida – no en vano se refiere al «...derecho a la jubilación proporcional según el tiempo de servicio...» - por lo que, razonable y lógicamente entendida, conlleva al único entendimiento de que se causa o adquiere con el requisito de la prestación de los servicios y un retiro diferente al despido por justa causa, de manera que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad, como lo arguye la censura.

Para arribar a dicha conclusión basta con advertir que la disposición incluye parámetros identificativos claros para la prestación, como que es «...**proporcional según el tiempo servido**...»; que sus beneficiarios son los «...empleados que **presten o hayan prestado** diez (10) años o más de servicio...»; y que se puede reclamar «...**cuando hayan cumplido** las edades establecidas...» (Resaltado no original). Asimismo, leída en su conjunto y apreciada sistemáticamente, la norma asigna el derecho por el sólo hecho de cumplir con el tiempo de servicio, salvo que se genere un despido con justa causa (literal d, fol. 54), pues dice que el trabajador **que preste el servicio** en el mencionado lapso **tendrá derecho**, para luego decir, cuando cumpla la edad, esto es, que al cumplirse esa condición, podrá ser exigida”.

De esta manera las cosas, el demandante tiene derecho a una pensión de jubilación proporcional por el tiempo de servicios, atendiendo lo dispuesto en el literal b) del acuerdo 42 convencional comentado.

En este sentido nos pronunciamos recientemente en sentencia del 22 de abril de 2015, Rad. 52952, M.P. Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO²², en la cual además se rectificara criterio respecto a la entidad responsable del pago de la pensión contemplada en el art. 42 Convencional analizado, al estimar que lo era la hoy demandada como administradora del pasivo pensional de la EDT, atendiendo la Sentencia SL 384-2013, Radicación No. 47366, del 26 de junio de 2013, de la Máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria.

Ahora bien, cierto es que en sentencia C-902 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, se expuso que: “(…) De ahí, que en un proceso de liquidación de una entidad u organismo administrativo nacional, la convención que se encuentre vigente al momento de la liquidación del organismo, debe ser aplicada hasta la terminación del proceso de liquidación, caso en el cual lógicamente se dan por terminados los contratos de trabajo ante la desaparición de la entidad, sin que se pueda colegir, como lo hace el demandante, una vigencia indeterminada de la misma aun en el evento de la disolución y liquidación de una entidad, pues, como lo expresa la vista fiscal eso contradice toda lógica, como quiera que terminadas las relaciones laborales a consecuencia de la disolución y posterior liquidación de una entidad, pierden

²⁰ Sentencia del 11 de marzo de 2015, SL2733-2015, Radicación n.º 44597, M.P. Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

²¹ Sentencia del 29 de octubre de 2009, RADICACION No. 08-001-31-05-002-2005-00073-02/25852, M.P. Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO.

²² Con ausencia justificada de la H.M. Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ

vigencia las normas convencionales que regían las mismas”. Y en ese mismo orden, en sentencia C-314/04 (M. P Marco Gerardo Monroy Cabra), al dilucidar sobre la posible afectación de derechos que podría originar en cabeza de los trabajadores el hecho del cambio de régimen jurídico determinado por efecto de reestructuraciones administrativas, expuso concretamente sobre el tema de los derechos laborales derivados de la convención colectiva vigente que ésta era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, por lo cual, respecto de los trabajadores cobijados por ella, era fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conservara su vigencia.

Sin embargo, como se dijera anteriormente, el accionante tenía un derecho adquirido, motivo por el que no podía ser desconocido o anulado por la liquidación de la EDT, pues como tal ya hacía parte de su patrimonio.

Surge como conclusión que le asiste al demandante el derecho a la pensión de jubilación proporcional de que trata el art. 42 Convencional, por encontrarse satisfechas las condiciones estipuladas para ese efecto e igualmente, por tratarse de un derecho adquirido.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 42 Convención Colectiva EDT, Corte Constitucional: Sentencia C-314 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-902 de 2003 y SU-555 de 2003 M.P. Jorge Pretelt Chaljub, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-384 de 2013, Radicación 47.366 de 26 de junio de 2013, Tribunal Superior de Barranquilla, Sentencia 22 de abril de 2015. Radicado 55.952 M.P. Dr. Vicente De Santis Caballero.

FECHA: Junio 3 de 2015

DEMANDANTE: William Antonio Pereira Mercado

DEMANDADO: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla-Dirección Distrital de Liquidaciones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-007-2012-00544-01/**52567**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

3. SALA PENAL

ALLANAMIENTO-Improbación/TRÁFICO DE MONEDA FALSIFICADA-El verbo rector “portar” no se encuentra inmenso en la descripción típica de este delito/**PRECLUSIÓN-**La potestad de la acción penal se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por tanto, única autorizada para solicitarla

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que una persona que es encontrada en una requisita rutinaria en un barrio del norte de Barranquilla, portaba dos (2) billetes falsos por valor de Veinte mil (\$20.000) pesos cada uno con el mismo número de serie, razón por la cual procedieron a aprehender al requisado.

Extractos: “Ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Piojó se legalizó su captura, siéndole imputado el delito de TRÁFICO DE MONEDA FALSIFICADA en calidad de autor, cargos a los cuales el procesado se allanó, al parecer sin mayor asesoramiento, declinándose la medida de aseguramiento intramural por parte del delegado Fiscal, ordenándose la libertad inmediata del mismo.

Dentro de la Audiencia de Verificación de Allanamiento, e Individualización de Pena y Sentencia llevada a cabo el Veinticinco (25) de Febrero de la presente anualidad, la Juez Cuarta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, Dra. GLORIA AMPARO GIRALDO RUIZ, decidió no aprobar el allanamiento a cargos del procesado, toda vez que el verbo rector portar, no se encontraba inmerso en la descripción o contenido típico del tipo penal de Tráfico de Moneda Falsificada, delito imputado al procesado.

Ahora bien, teniendo en cuenta las argumentaciones del Delegado de la Fiscalía en el sustento de su alzada, así como la intervención del Ministerio público y la Defensa como sujetos no recurrentes, procederá la Sala a analizar si efectivamente hay lugar a la aprobación del allanamiento a cargos, o si por el contrario, se debe confirmar la decisión proferida por la Juez de Primera Instancia.

Lógicamente habrá que entenderse que, el sistema penal acusatorio contemplado en la Ley 906 de 2004, otorga al encartado la posibilidad de la aceptación de cargos o la celebración de acuerdos con la Fiscalía, pudiendo con ello renunciar a la garantía de no autoincriminación, así como contar con el derecho de un juicio público, oral y concentrado, con inmediación probatoria; sin embargo, tales actos deberán estar sujetos a la aprobación en términos generales del juez de conocimiento.

En casos como el que ocupa ahora la atención de la sala, el allanamiento en condiciones normales, obliga al Juez a proferir sentencia conforme lo acordado o admitido como cargos, si los mismos guardan consonancia con la imputación y/o la acusación, siempre y cuando no se evidencie alguna lesión a garantías fundamentales. Ahora bien, como quiera que el mismo se denegó bajo el supuesto de no encuadrar la conducta típica acusada, con los presupuestos fácticos puestos de presente por el Delegado Fiscal, resulta indispensable efectuarse un estudio así sea mínimo de la tipicidad material, jurídica, comportamental, no sin antes advertirse que, el hecho de que en cabeza del procesado figuren cinco (5) anotaciones relacionadas en el Spoa por el mismo presunto delito “Tráfico de Moneda Falsificada”, ello no implica, que deba tenerse como circunstancia que permita confirmar la autoría y responsabilidad del señor MERCADO MÉNDEZ en los hechos que aquí se discuten, y precisamente porque las mismas no han concluido en sentencias condenatorias, por lo tanto, en razón de esa lógica constitucional, no podrán hacer parte de la evaluación que le corresponde a la Sala para motivar la presente decisión, pues de lo contrario, incurriríamos en un derecho penal de autor, y no en un derecho penal de acto, siendo que el primero, está proscrito por la legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina.

El derecho penal de autor, se predicó y practicó en Colombia acorde con la legislación de los años treinta (30), es decir, el famoso código del año treinta y seis (36), que incluía la reincidencia como factor integrante del carácter de las conductas delictivas, y agravaba las penas, utilizando expresiones como individuo peligroso, proclive al delito. Este es un modo de pensar y de considerar, que ha tenido tendencia a ser superado por el derecho penal moderno, actual, democrático, garantista.

Luego entonces, el artículo 248 de la Constitución Política, y en igual sentido lo previó el legislador en los artículos 7 y 166 de los Códigos de Procedimiento Penal de 2000 y 2004, respectivamente, únicamente las condenas impuestas a través de sentencia judicial y que se encuentren debidamente ejecutoriadas tendrán calidad de antecedentes penales, y de der valoradas o tenidas en cuenta, las anotaciones en cita, implicaría ello atentar en contra el

principio de la presunción de inocencia, puesto que aquí, el Sr. LUIS MERCADO MÉNDEZ, no ha sido declarado judicialmente culpable de ningún punible.

De otro lado, debe destacarse, que en virtud del principio de la “soberanía monetaria” el Estado tiene el privilegio exclusivo de la emisión y acuñación del medio circulante, principio que está contenido en el numeral 13 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, el cual claramente establece que el Estado es el único autorizado para: “determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas” y que el Banco de la República, como Banca Central, es la única autoridad monetaria facultada para emitir: “moneda legal.”²³

La conducta punible endilgada al procesado, se encuentra descrita en el Código penal, así:

ARTICULO 274. TRÁFICO DE MONEDA FALSIFICADA. El que introduzca al país o saque de él, adquiera, comercialice, reciba o haga circular moneda nacional o extranjera falsa incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Ello, porque al procesado no se le endilga ningún aspecto relacionado con la producción de esa moneda falsa, es decir, con su fabricación, o emisión propiamente dicha. No se le imputa, ni se le acusa de haberlo falsificado. Entonces los verbos que conforman la conducta que nos ocupan han de ser: i) introducir, ii) sacar, iii) adquirir, iv) comercializar, v) recibir y vi) hacer circular, de lo que se desprende que evidentemente el verbo rector portar, bajo el cual direccionaron el caso concreto, fue excluido por el legislador del contenido del tipo penal imputado, sin considerarlo como un comportamiento constitutivo de infracción penal.

Igualmente, si se analiza el capítulo referente a “LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA”, Capítulo Primero del Título IX de los “DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA”, se constata que el legislador tipificó como conducta punible seis (6) comportamientos, entre los cuales están, a) “falsificación de moneda nacional o extranjera”, b) “tráfico de moneda falsificada, c) tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda”, d) “emisiones ilegales, circulación ilegal de monedas” y “valores equiparados a moneda”.

Desde esta perspectiva, e inclusive con la sola lectura de los tipos penales en cita, el “TRÁFICO, ELABORACIÓN Y TENENCIA DE ELEMENTOS DESTINADOS A LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA”, es el único que comporta el verbo rector tener o portar, para la configuración de la conducta, el artículo a la letra reza:

“...El que adquiera, elabore, suministre, tenga en su poder, introduzca al país o saque de él, elementos destinados a la falsificación de moneda nacional o extranjera, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta y ocho (108) meses...”

Concretamente, en el sub examine, el ente Acusador en las audiencias concentradas llevadas a cabo el día Cuatro (4) de Mayo de 2014, se refirió a los hechos afirmando que al imputado se le encontraron en su poder dos billetes por valor de Veinte Mil (\$20.000) pesos cada uno, llevándolos en la pretina del pantalón. Por su parte, en el escrito de acusación fechado Dieciséis (16) de Junio de 2014, al describir la situación fáctica se consignó que: “LUIS

²³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - 201100432 01

CARLOS MERCADO MÉNDEZ conocía que portaba billetes de veinte mil pesos falsificados [...]”

Tal descripción fáctica no puede ser desconocida por la Sala, pues el verbo rector a partir del cual se le imputó al procesado el punible de Tráfico de Moneda Falsificada, no se encuentra inmerso entre la estructura del tipo penal enrostrado, argumento que parece, no tiene lugar a contradicción, pues del mismo artículo 274 del C.P., sin mayor esfuerzo mental y argumentativo, permite llegar a tal conclusión, como ya se anotó. Por manera que en este evento, diáfano resulta predicar que, “TENER EN SU PODER” billetes falsos no fue elevado como comportamiento punible en el reato de tráfico de moneda falsificada, tal como si aconteciere con el de tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda.

Las alegaciones de la Fiscalía, en cuanto a que la conducta se muestra completamente típica, como quiera que el Sr. MERCADO MÉNDEZ, portaba los billetes falsos, y ello indiscutiblemente aconteció porque de manera previa los había recibido o adquirido, no tienen mérito de prosperidad, en tal argumento ningún soporte fáctico y jurídico se otorgó, y en nada guarda relación con los hechos narrados, puesto que, el hoy allanado se le encontró caminando casualmente, y aceptó de manera voluntaria, la requisita por los patrulleros de la policía. La Sala no va a controvertir la constitucionalidad de tal operación, puesto que en Colombia apenas está en desarrollo la tesis de la expectativa razonable de la intimidad, si se viola o no con este tipo de requisitas, en los países civilizados el cuerpo y las vestimentas del ciudadano, son tan respetable como su domicilio, lo mismo que los vehículos, el derecho a la intimidad en forma razonable se traslada a ese ámbito de la persona humana, pero en Colombia apenas es un remedo de discusión, el caso puntual es que, el procesado no fue sorprendido comercializando, circulando moneda falsa, ni ejecutando ninguno de los demás verbos rectores que integran el tipo penal.

En este sentido, definitivamente se tiene que la norma incluye un elemento o ingrediente subjetivo no normativo, que existe desde Carrara, que existe desde que se inventó el derecho penal científico, tecnocrático, en este caso sería el que reciba “con fines de hacer circular” o “con conciencia de su falsedad”, es decir, los verbos “reciba” o “adquiera”, están ligados necesariamente al ingrediente subjetivo “a sabiendas” como en el uso de documento público falso, de lo contrario todos los tenderos y comerciantes de la ciudad deberían estar sentados en el banquillo de los acusados.

No puede perderse la perspectiva, de que cualquier ciudadano o comerciante, en el tráfico corriente de relación, está expuesto a que le metan un billete falso, por ejemplo, en unas vueltas o vueltos, etc., inclusive casos hasta de cajeros automáticos bancarios se cuelan o pasan billetes falsos o adulterados, y ello no hace el ciudadano por sí solo, autor o partícipe del delito de Tráfico de Moneda Falsificada.

De hecho, es común en los locales comerciales observar billetes falsos en sus vitrinas o lugares visibles, cuya práctica la ejercen los comerciantes para estar prevenidos y prevenir a los presuntos estafadores o engañadores y/o traficantes de moneda falsa, para que se abstengan de intentar introducir billetes de esa naturaleza en ese negocio, y a manera de auto reprensión, es decir, para obligarse a estar atentos a esta vicisitud.

Es decir, nadie está exento de recibir por error, o ser objeto de engaño un billete falso, y hasta allí no se materializa el delito, el cual se comete solo cuando se recibe o adquiere “a sabiendas que es falso”, y generalmente, por un valor menor del de su denominación, por ejemplo, se compran billetes de 10.000, o 20.000 fraudulentos, en un valor de 2000 o 5000 pesos, por unidad, es decir, el punible se materializa por el propósito de seguir circulando o traficando el billete espurio, o sea con la intención de defraudar la fe pública, con plena conciencia y ánimo sobre la ilicitud.

Los ingredientes subjetivos pueden ser de carácter normativo, como el provecho con perjuicio ajeno en la estafa 246 C.P., o subjetivo no normativos como el elemento “a sabienda” del uso de documento público falso; Art. 291 C.P., y no es nada nuevo, hace parte de los elementos del tipo explicativo en todos los textos elementales de Derecho Penal General, a propósito señala Reyes Echandía:

“... En ocasiones la mera descripción objetiva de una conducta no es suficiente para comprender su ilicitud, sino que es necesaria referirla a determinado y concreto propósito del actor. Si el legislador no utilizase en tales casos ingredientes comportamentales subjetivos se correría el riesgo de sancionar conductas inocuas o socialmente útiles; así, si no se exigiese el “ánimo de lucro” para el hurto, sería penado como ladrón el que sustrae una pintura de su amigo para exponerla sin su consentimiento en un concurso con el fin de procurarle fama al pintor²⁴”

En este asunto, lo probado es que el sujeto los “portaba”, “no que los recibió”, menos aún, con qué propósito los recibió, y ello no puede suponerse, ni presumirse, la Fiscalía tenía que haberlo corroborado o documentado con elementos materiales y evidencia física para acreditar el tipo penal, según el artículo 327 del C.P.P., que a la letra reza:

ARTÍCULO 327. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. < El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS PREACUERDOS DE LOS POSIBLES IMPUTADOS O ACUSADOS Y LA FISCALÍA, NO PODRÁ COMPROMETER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SOLO PROCEDERÁN SI HAY UN MÍNIMO DE PRUEBA QUE PERMITA INFERIR LA AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN LA CONDUCTA Y SU TIPICIDAD.

De lo contrario, no es posible, ni siquiera la imputación con los presuntos antecedentes, que en este caso no son suficientes para tales efectos; debió demostrarse alguno de los elementos del tipo con prueba material, y no suponerse, ni especularse sobre ella.

Permitir, o aceptar como válido el argumento del Delegado Fiscal implicaría dejar abierta la puerta a la posibilidad de que cualquier persona del común, víctima de algún sujeto o acto inescrupuloso, que los asalte en su buena fe, entregando como cambio en la compraventa de algún insumo personal, o en el simple hecho de recibir como pago por una determinada actividad, algún billete o moneda ilegítima, sin conocimiento de la falsedad, y tal individuo sea objeto de una requisita casual por parte de la autoridad, de manera inmediata, después de víctima, terminaría siendo el victimario; y es por esta sencilla razón, que la simple

²⁴ Derecho Penal Parte General, Alfonso Reyes Echandía, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición; Pág. 146.

tenencia, o posesión de la moneda de la que se predica su falsedad, no puede materializar ipso facto, el tipo penal que aquí se estudia.

Es que si se tenía sospecha sobre este individuo, y se le estaba haciendo algún tipo de seguimiento, que de hecho es posible, al tener apoyo y sustento legal tal operación, debió esperarse que tratara de hacer circular el dinero, introducirlo ilegalmente; la Fiscalía está en el deber de trabajar en consonancia con la Policía, ilustrarla, enseñar, liderar, presidir estas operaciones. Mientras las cosas se plantean algarete, estamos en una justicia de facto, en que se supone que un delincuente consuetudinario es falsificador de moneda o traficante de moneda falsificada, ello no se puede, eso es tratar el sistema penal con el mayor desprecio, displicencia del mundo, es un hecho relativamente insignificante, pero la Policía y la Fiscalía Nacional no puede trabajar así.

Por otro lado, la circunstancia de que al momento de ser requisado, el señor MERCADO MÉNDEZ llevaba los dos billetes falsos en la pretina del pantalón y no en su bolsillo, o en algún lugar más visible, no se tiene como que trataba de ocultarlos porque conocía de la ilicitud de los mismos, pues como bien lo dijere la Bancada Defensiva, es hoy en día un comportamiento frecuente que las personas guarden sumas de dineros en alguna parte de su cuerpo no visible o llamativa, evitando con ello, ser despojado de la totalidad de sus pertenencias en caso de ser objeto de hurto. Entonces, admitir el conocimiento de la ilegalidad, bajo el hecho de “ocultarlos” en la “pretina del pantalón”, sería aceptar una responsabilidad objetiva proscrita del ordenamiento jurídico, más aún, cuando no se logró acreditar el origen de los dos billetes, circunstancia que impide predicar que en el comportamiento del imputado concurrió el elemento subjetivo del dolo. Frente al tema la Honorable Corte Suprema ha dicho:

“Para estructurar el principio de tipicidad, es necesario de una parte, que el comportamiento se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y la modalidad de la acción y, de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma (tipo subjetivo)²⁵

No era suficiente para radicar el compromiso penal en cabeza del imputado, la simple tenencia de los billetes, de los que se sabe “portaba en la pretina de pantalón”, ello no es indicativo de nada en absoluto, resultaba imperioso el conocimiento del carácter espurio, y que a sabiendas de esa falsedad, se hubiere proseguido de conformidad con el tráfico monetario. Aquí como se sabe, hubo aceptación de cargos, y precisamente por ello, no se logró el recaudo de elementos de convicción que permitiera derruir la presunción de inocencia del procesado, pues la sola captura en una aparente situación de flagrancia y la manifestación de voluntad de aceptar cargos por parte de MERCADO MÉNDEZ, en que el delegado de la fiscalía apoya el conocimiento de la ilicitud, no resulta suficiente para impartir aprobación al allanamiento.

Luego entonces, es claro que seguimos regidos por el principio de estricta legalidad que entre otros artículos, está recogida en el sexto (6) del CPP., y en el sexto (6) del CP., es por ello, que en lo posible, ni a la Fiscalía, ni al Juez, ni a los demás sujetos procesales, les está permitido adecuar a su antojo los hechos a determinado comportamiento típico, distinto del que por la

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de octubre de 2007, radicado 265531, MP Jorge Quintero Milanés.

naturaleza de las circunstancias corresponda, pues ello haría perder el carácter del principio de tipicidad que es el eje vector del derecho penal. Caso similar al sub examine, fue estudiado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia del Veinticuatro (24) de Octubre de 2007 en los siguientes términos:

“De ahí que las alegaciones de la defensa técnica a lo largo del juicio oral tengan el correspondiente soporte jurídico, DENTRO DEL ENTENDIDO QUE SI EL VERBO RECTOR ATRIBUIDO A SU REPRESENTADO ERA EL DE PORTAR, DEVIENE EN ATÍPICA LA CONDUCTA DESPLEGADA por [...], HABIDA CUENTA QUE DICHA ACCIÓN COMPORTAMENTAL NO LA CONTIENE EL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE MONEDA FALSIFICADA, al tenor de lo reglado en el artículo 274 de la Ley 599 de 2000.”²⁶

Lo anterior guarda relación directa con el principio de legalidad y estricta tipicidad el cual está llamado a proteger la libertad de las personas contra cualquier acto arbitrario de las autoridades judiciales, y que lleva inmersa una descripción previa y exacta de las conductas que resulten delictivas con su respectiva sanción o pena. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido con relación de ambos preceptos de la siguiente manera:

“En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho.”²⁷

Aunado a lo anterior, y en virtud de estos principios, la estipulación de cada conducta punible y sus penas debe ser inequívoca y clara, para efectos de que la labor del juez se circunscriba a establecer si a partir de los hechos que se desprenden de un proceso, se logra determinar si una conducta X se enmarca dentro de un determinado tipo penal o no, y la responsabilidad o ausencia de esta respecto del imputado/acusado.

Se entiende por tanto, que los hechos, y tipos penales con sus respectivas características, no pueden ubicarse sino dentro de su correcta adecuación, de tal modo, que no podemos convertir un peculado en un hurto, ni un abuso sexual en una violación, ni adicionarse verbos o circunstancias distintas a las que ya estén codificadas en cada conducta delictual, puesto que por más que coincidan algunos de los aspectos en el carácter estructural de los mismos, todos son perfectamente distinguibles dada su naturaleza. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que:

“Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, ACOMODADOS A LAS URGENCIAS COYUNTURALES QUE ASALTEN A SUS REGLAMENTADORES O EJECUTORES (...)”.²⁸

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del Veinticuatro (24) de Octubre de 2007. Rad. 26531. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia del Dieciséis (16) de Mayo de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 101 del Diez (10) de Febrero de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Así entonces, si bien la Fiscalía es titular de la acción penal, y el único encargado de imputar y acusar por una conducta delictiva determinada, la adecuación de los hechos, a la normatividad jurídico penal, no implica la creación de tipos penales nuevos, como aconteció en el particular, y que constituye la razón por la cual no se accede a la aprobación de allanamiento, por cuanto el punible de Tráfico de Moneda Falsificada, de cara al acontecer fáctico, deviene atípica. Y pese a que el allanamiento fue voluntario, libre, consciente, espontáneo, a la vez que el encartado fue debidamente informado por el Fiscal, de aceptarse la misma, se estarían soslayando derechos prístinos del procesado, quien en todo caso le tocaría afrontar una sanción penal, el pago de los correspondientes perjuicios por una conducta punible que existe, pero que no encaja con el comportamiento por él desplegado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 248 Constitución Política, Artículo 6° Ley 600 de 2000, Artículo 166 Ley 906 de 2004, Numeral 13 Artículo 150 Constitución Política, Artículo 274, 246 y 291 Código Penal y Artículo 327 del C.P.P.

FECHA: Junio 17 de 2015

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2014-03776-00/ **2015-0042-P-CR**

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

PREVARICATO POR ACCIÓN-La conducta se materializó con la forma indebida en que se tramitó el proceso ejecutivo en contra del ISS/PECULADO A FAVOR DE TERCEROS- El hecho punible permitió que terceros abrieran una cuenta bancaria a su favor con el fin de apropiarse de forma indebida de recursos del Estado/AGRAVACIÓN DE LA PENA-En razón de la cuantía del punible

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la sentencia de condena en contra de un Juez Civil Municipal de esta ciudad, cuya conducta desplegada dentro de un proceso ejecutivo permitió que terceros se apropiaran de dineros estatales.

Extractos: “En este proceso se demostraron unos hechos, que son indicativos de unos indicios, que pondremos a continuación su evaluación:

1. El 28 de octubre de 2008, se hace el reparto en la Oficina Judicial, y el 18 de noviembre de ese año, aparece una presentación personal y reconocimiento de firma en la Notaría Primera de esta ciudad, del demandante Daniel Vargas Niebles, es decir, que esta última actuación sucede veinte días después, de haber sido repartida en la Oficina Judicial.
2. Los dos requerimientos uno aparece el 30 de enero de 2007, con fecha de recibido en el ISS el 8 de febrero del mismo año, el segundo con fecha 16 de marzo de 2007, y recibido en el ISS el 8 de febrero de 2007, o sea, primero fue recibido por el Seguro Social y después fue elaborado el requerimiento.
3. La demanda se dirige contra un supuesto empleado del Seguro Social, Jefe de Servicios Generales y el Instituto de Seguro Social, representado por el Gerente General o en su defecto por el Gerente Seccional, que en este caso lo era Adolfo Villalobos Pineda, pero el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dispone que las personas jurídicas comparecerán al

proceso por medio de sus Representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la Ley o los Estatutos, por consiguiente, el señor Paul Arturo Bolaños Reyes, no tenía nada que hacer en ese proceso ejecutivo, y al aceptar el Juzgado integrarlo como litisconsorte, cometió una irregularidad.

4. Las nueve facturas cambiarias que sirvieron de soporte para instaurar el proceso ejecutivo, contra el ISS y una persona natural, le falta el Nit, de la Clínica General de la Costa S.A, tampoco aparece el domicilio principal ni el seccional del supuesto comprador, en este caso, el Seguro Social, lo que hacía que esas facturas cambiarias no fueran títulos valores y por lo mismo, no podían servir como título de recaudo ejecutivo en ese proceso.

5. Se le violó el debido proceso al Seguro Social, en virtud que la notificación personal que debía hacerse al Gerente de dicha entidad, no se hizo de conformidad al artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, al disponer en el numeral primero lo siguiente:

“...1. La parte interesada solicitará al secretario que se efectúe la notificación y éste sin necesidad de auto que lo ordene, remitirá en un plazo máximo de cinco (5) días una comunicación a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca al Juzgado, a recibir notificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del Juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; si fuere en el exterior, el término será de treinta (30) días.

En el evento de que el Secretario no envíe la comunicación en el término señalado, la comunicación podrá ser remitida directamente, por la parte interesada en que se efectúe la notificación. Si fuere remitida ambas comunicaciones, para todos los efectos legales se tendrá en cuenta le primera que haya sido entregada...”

5.1. La norma anterior indica lo siguiente: (i) primero el Secretario enviará un oficio o comunicación al demandado por correo en la dirección señalada en la demanda y para ello cuenta con el término de cinco días; (ii) si el Secretario no efectuare lo anterior, entonces el demandante o interesado solicitará que se le entregue tales documentos para él remitirlo por correo al demandado.

5.2. El Secretario no cumplió con el envío por correo al demandado, sino que pretermitió esa actuación y directamente le entregó los documentos de notificación al demandante quien los envió por Distrienvíos, y el destinatario era el señor Luis Alexander España, y después aparecen notificados los señores Paul Arturo Bolaños Reyes y el ISS, a través de un poder otorgado al abogado Eduardo Castro Palma, que lógicamente es falso ese poder.

Esta es una actuación secretarial, pero a quien le tocaba darle validez era al Juez doctor Abelardo Tercero Andrade Meriño, y sin objeción alguna, aceptó esa actuación irregular de la Secretaría, en el auto que dio por notificado por conducta concluyente a los demandados.

6. El 17 de octubre de 2008, empezó a regir la Ley 1231, por medio de la cual “*se unifica la factura como título valor*”, y agrega un encabezado “*como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario y se dictan otras disposiciones*”.

Esta reforma modificó los artículos 772, 773, 774, 777, 778, 779 del Código de Comercio.

El artículo 772 del Código de Comercio, antes de la reforma mencionada se refería a la factura cambiaria de compraventa, como un título valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador y no podía librarse factura cambiaria que no correspondiera a una venta efectiva de **mercaderías** entregadas real y materialmente al comprador.

Esta disposición es diamantina al señalar que la factura cambiaria de compraventa, corresponde a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador, por lo tanto, un documento que se expida como factura cambiaria de compraventa, con motivo de la prestación de servicios de salud, por una entidad hospitalaria o cualquier Institución Prestadora de Servicios de salud IPS, o con motivo de la prestación de servicio de cualquier índole, no resulta ser título valor, puesto que el origen exclusivo de las facturas cambiarias es el contrato de compraventa de mercancías o de transporte y es claro entonces que los **servicios** no son mercancías ni transporte.

Pero como la acción cambiaria se ejerció en octubre de 2008, ya se había producido la reforma de las disposiciones que regulaban la factura cambiaria de compraventa y de ahí en adelante el artículo 772 del Código de Comercio quedó así:

“**Art. 772.** Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

PARÁGRAFO. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación...”.

En este contexto, desaparece la denominación de **factura cambiaria de compraventa**, a simplemente **FACTURA**, pero constituye requisito esencial para la constitución de este título valor, lo dispuesto en el artículo 617 del Estatuto Tributario, de incorporar la denominación **FACTURA DE VENTA**.

Hasta el 17 de julio de 2008, había una importante diferencia entre factura cambiaria de compraventa y la factura de venta, diferencia que ya no existe, puesto que la factura cambiaria de compraventa ya no está considerada por la nueva legislación.

7. Revisado el proceso civil, donde funge como Juez, el doctor Abelardo Andrade Meriño se evidencia que los memoriales presentados por el señor Luis Daniel Vargas Niebles, quien aparece como apoderado de la Clínica General de la Costa S.A., se identifica con su cédula de ciudadanía y tarjeta de abogado No. 52.084 del C.S de la J., pero en las actuaciones de reconocimiento ante las Notarías y autoridades judiciales, solo lo hace con su cedula de ciudadanía sin acreditar su condición de abogado.

8. En cuanto a las pruebas relevantes de la defensa tenemos las siguientes: (i) la evidencia No. 2 donde se expresa que el demandante retiró la demanda el 18 de noviembre del 2008 y el 25 de noviembre de ese mismo año aparece un auto inadmitiendo la demanda y el 27 del

mes mencionado, se libra mandamiento de pago y medidas cautelares; (ii) en la evidencia No. 6 aparecen varias comunicaciones de orden de pago de depósitos judiciales donde en la misma se dispone se le haga al apoderado del demandante.

6.1. Indicios

En este proceso obran varios indicios que analizados en conjunto dan el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado²⁹.

Aparecen como indicios graves de responsabilidad contra el acusado el hecho que en la factura cambiaria de compraventa no apareciera el nombre del Seguro Social como entidad que se obligaba con la prestación del servicio y tampoco está consignado su domicilio principal o seccional, lo que constituye una irregularidad que hacía imposible que ese documento se constituyera en un título valor y lo único que aparece es una firma y un sello en la parte superior derecha de las facturas de constancia de recibido, o sea, que en esa forma esas facturas le hubiesen podido colocar otra persona de derecho público o privado de haber recibido esos presuntos títulos, aunado con el otro indicio grave de responsabilidad como es la violación del debido proceso porque al Gerente del Seguro Social, no se le hizo la notificación en armonía con el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó expresado en el numeral 5° de la parte de los antecedentes, igualmente aparece otro indicio grave de responsabilidad penal, el hecho de que esas facturas fueron creadas en noviembre de 2006 y enero de 2007, y para esa fecha no era título valor la factura cambiaria de compraventa que se refiriera a la prestación de unos servicios por parte de una IPS o cualquier otra entidad, sino la que correspondiera a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador y solo a partir del 17 de octubre de 2008, empezó a regir la Ley 1231 por medio de la cual se creó la **FACTURA DE VENTA**, como título valor, y esta reforma incluyó a la factura para el vendedor o prestador del servicio y podrá librar, entregar o remitir al comprador o al beneficiario del mismo, y la demanda fue presentada para reparto el 28 de octubre de 2008, es decir, unos 19 días después de entrar en vigencia la factura de venta, como título valor.

Asimismo, constituye indicio grave de responsabilidad el hecho que el 28 de octubre del 2008 se hace el reparto en la oficina judicial, y el 18 de noviembre de ese mismo año es que aparece una presentación personal y reconocimiento de firma, en la Notaría Primera de esta ciudad, del demandante Daniel Vargas Niebles, o sea, que esta última actuación sucede 20 días después, lo que denota la falsedad de ese reconocimiento de firma, lo mismo que el segundo requerimiento al ISS que aparece del 16 de marzo de 2007 y recibido el 8 de febrero de ese año, o sea, primero fue recibido por el Seguro Social y después fue elaborado el requerimiento, de inmediato se observa la falsedad, y por eso, el Juez tenía que rechazar esa demanda, por ser ostensible la falsedad.

Por otra parte, como indicio leve se tiene que cuando se va a demandar a una persona jurídica, lo representa el Representante Legal, en este caso, el Gerente Seccional o Nacional, sin embargo, en el presente evento se vinculó a una persona natural que no tiene nada que ver con el asunto.

6.2. Pruebas de la defensa y respuesta.

²⁹ Artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Las que merecen alguna atención la constituye el hecho que el demandante retiró el libelo el 18 de noviembre de 2008, del Juzgado 22 Civil Municipal de Barranquilla, y después la volvió a presentar correspondiéndole nuevamente a dicho Juzgado, circunstancia que no indica que la voluntad del demandante era que el libelo correspondiera a otro Despacho, ya que una demanda puede ser retirada todas las veces que sea necesario, y siempre va a corresponder a la misma oficina judicial y más bien, esa actitud lo que constituye es una maniobra fraudulenta para que quedara constancia de que no querían que dicho funcionario conociera del asunto y en cuanto a la entrega de los títulos al apoderado judicial, se acreditó que ese Despacho, tenía la costumbre de disponer que se pagara los títulos de depósitos judiciales a los apoderados de los demandantes.

La defensa plantea que el Juez no tenía la obligación de revisar los requisitos de fondo de la demanda sino los formales, lo que constituye una equivocación en el sentido que la principal objeción a dicho planteamiento lo constituye que el Juez debe verificar que se trata de un verdadero título ejecutivo y en el caso examinado la factura cambiaria de compraventa no reunía esos requisitos, según lo expuesto *up supra*, también era su obligación verificar todos los anexos a la demanda, en donde se acreditaron las falsedades en cuanto a las fechas de presentación y la de entrega de las presentaciones personales y los requerimientos, todo lo cual indicaba, que era un proceso inviable y por ello no podía tramitarlo; por otro lado, su voluntad era la de impedir que el demandado Seguro Social se notificara legalmente de la admisión de la demanda y por eso, no se le comunicó al Gerente de dicha entidad, con lo cual permitió que los abogados hicieran otras falsedades, como la del poder del supuesto Representante del ISS y así permitir una notificación espuria, y por último, el testimonio del señor Pérez Igirio, no constituye elemento de prueba para acreditar la responsabilidad del procesado, ya que por otros medios, esa situación fue solucionada.

Así pues, las pruebas de la defensa, no alcanzan a desvirtuar la responsabilidad penal que le cabe al doctor Abelardo Tercero Andrade Meriño, como autor penalmente responsable de los delitos de prevaricato por acción, por haber dictado resoluciones manifiestamente contrarias a la Ley (artículo 413 C.P.) en concurso homogéneo y son: (i) el mandamiento de pago; (ii) embargo y retención de las sumas de dinero del ISS. No se considera prevaricato el auto que da por terminado el proceso por transacción, en virtud que eso constituye una simple equivocación, porque de todos modos el proceso había que terminarse, y en cuanto a que el mismo auto dispuso la entrega de los dineros embargados al apoderado judicial del demandante, se ubica la conducta en el peculado por apropiación a favor de terceros, por haberle hecho entrega de los títulos de depósitos judiciales al señor Guillermo Enrique Pérez Igirio, de la suma de \$329.693.781, lo cual supera los 200 SMLMV –inciso segundo artículo 397 del C.P., dineros que fueron apropiados por un tercero y que pertenecían a empresas o Instituciones del Estado (Seguro Social) y cuya tenencia o custodia jurídica se le había confiado al Juez por razón o con ocasión de sus funciones.

6.3. Otras respuestas

En cuanto a lo manifestado por la apoderada de la víctima que el Juzgado 22 Civil Municipal para tramitar este proceso, en atención a la cuantía superior a 90 SMLMV, hay que hacer las siguientes precisiones: (i) cuando las extintas Instituto de Seguro Social y Cajanal, contrataban con las IPS, para la prestación de servicios de sus asociados y los valores de la prestación de servicios médicos los consignaban en títulos valores, el competente para

conocer del proceso ejecutivo es la jurisdicción contenciosa administrativa; (ii) cuando no existía ese contrato escrito y sin embargo, existía un convenio verbal y las cuantías se los servicios médicos se consignaban en títulos valores, la competencia para el proceso ejecutivo la tenía la jurisdicción civil; (iii) y por último, en el caso examinado, el valor de la pretensión no fue de \$199.835.924, sino que esto corresponde a una acumulación de pretensiones menores representadas en las nueve facturas cambiarias y por eso la competencia la tenía el Juzgado Civil Municipal.

En lo relacionado con la petición del abogado defensor, que su cliente el doctor Abelardo Tercero Andrade Meriño, se encuentra gravemente enfermo y por eso pide que no se haga efectiva la detención preventiva intramural, es de resaltar que esa versión del togado se conoce por los medios de comunicación, pero en la foliatura, no existe constancia de esa circunstancia y por eso, se dispondrá que el Instituto de Medicina Legal, lo examine y valore y determine si su enfermedad es compatible con la prisión intramural.

6.4. Elementos Objetivos y subjetivos de los tipos penales endilgados.

El artículo 413 del Código Penal regla que el servidor público que profiera resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

El tipo penal analizado es de conducta instantánea ya que con la materialización del acto manifiestamente contrario a la Ley se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar en orden a la adecuación típica-sus efectos, la duración de éstos o las diversas formas que puede llegar asumir, sin que sea necesario que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

6.4.1. Tipo objetivo: La estructuración de este delito, conforme a la anterior descripción, supone desde su aspecto objetivo, acreditar los siguientes elementos básicos: (i) la calidad de servidor público; (ii) la competencia funcional a partir de la cual podía proferir la resolución, dictamen o concepto y (iii) tal acto resulte manifiestamente contrario a la Ley.

Al respecto, la Sala observa que en efecto, la calidad de servidor público del procesado se acreditó, igualmente, para la época de los hechos tenía la competencia funcional para proferir las decisiones prevaricadoras y tales autos son manifiestamente contrarios a la Ley, pues como la Colegiatura lo señaló párrafos arriba, el Juez acusado al emitir: el mandamiento de pago y el embargo y retención de las sumas de dinero del ISS, se apartó de lo contemplado en los Códigos de Comercio y Procedimiento Civil.

6.4.2. Tipo subjetivo: la conducta del acusado es típica en virtud que la ley la define de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal, en este caso, prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo. Es antijurídica porque lesionó sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, es decir, el bien jurídico de la Administración Pública y por último es culpable porque pudiendo, el Funcionario Judicial, adecuar su conducta al ordenamiento jurídico no lo hizo y prefirió escoger el camino de la ilegalidad y en ese contexto su comportamiento es reprochable.

6.4.3. Tipo objetivo del peculado por apropiación: El otro tipo penal que le fue endilgado al Juez 22 Civil Municipal, es el de peculado por apropiación a favor de terceros, consagrado en el artículo 397 del Código Penal que enseña:

“...Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término...”.

Dentro de los elementos objetivos del tipo penal de peculado por apropiación, se tiene que: (i) se trate de un servidor público; (ii) se haya apropiado de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares; (iii) la apropiación haya sido en provecho suyo o de un tercero; y (iv) que la administración, tenencia o custodia de los bienes se le haya confiado por razón u ocasión de sus funciones.

En el presente evento se tiene que:

a). Se acreditó la calidad de servidor público del procesado, quien cometió el concurso de conductas punibles como Juez 22 Civil Municipal de Barranquilla.

b). En el actuar de Andrade Meriño, se ejecutó el verbo rector, apropiarse, puesto que el tipo penal exige que el sujeto activo se apropie de los bienes del Estado, para sí o para un tercero, en este caso, las funciones ejercidas por el Juez dentro del proceso ejecutivo aludido, beneficiaron a los abogados de la empresa criminal.

c). El Instituto de Seguro Social es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, su función es la de administrar el sistema de seguridad social y de esta manera, los recursos que componen su capital son de naturaleza pública, razón por la cual se cumple el elemento normativo del tipo penal, puesto que la conducta punible recayó sobre bienes del Estado.

d). Los bienes del Estado le fueron confiados en razón de sus funciones como Juez de la República.

6.4.4. Del tipo subjetivo: La Sala colige que el procesado incurrió en dicha conducta que está prevista como punible por la Ley Penal, conociendo la ilicitud de su conducta, teniendo la administración de bienes del Estado como Juez de la República, sin embargo, profirió dos providencias que sirvieron para que terceros se apropiaran de dineros de las arcas del Instituto de Seguro Social, trasgrediendo así el bien jurídico de la administración pública sin causal eximente de responsabilidad penal.

Así las cosas, las pruebas obrantes en el paginario, demuestran con claridad, la conducta ejercida por el encartado, en el trámite irregular del proceso ejecutivo mencionado, es decir,

la manera consciente y voluntaria en sus actividades dentro de dicho proceso, de modo que el procesado pudo actuar de otro modo, pero optó por cometer la conducta punible.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 44 y 315 C.P.C., Ley 1231 de 2008, Artículo 772 Código de Comercio, Artículo 381 Ley 906 de 2004, Artículo 413 y 392 Código Penal.

FECHA: Junio 1º de 2015

RADICACIÓN: 2013-00364-P-MC.

DECISIÓN: Declara penalmente responsable al procesado delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo en concurso heterogéneo con el punible de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-ORDENES DE PAGO- Sentencia que ordena imponer sanción por desacato a una acción de tutela/**ORDENES DE PAGO-** Fueron dictadas por un Juzgado Penal Municipal en ejercicio del amparo de derechos fundamentales/Decisión confirmada en segunda instancia/**SANCIÓN POR DESACATO-** No constituye una vía de hecho, ni resulta procedente la tutela por vicios genéricos ni específicos.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JULIO ANTONIO OJITO PALMA

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que la protección tutelar es solicitada por el apoderado de la Alcaldesa Distrital de Barranquilla, quien presenta la acción constitucional en contra de los fallos que resolvieron una solicitud de incidente de desacato en su contra, es decir, se trata de una tutela en contra de providencias judiciales.

Extractos: “3.2.3.4. De los requisitos especiales para la procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales que decidan incidentes de desacato en el caso bajo estudio:

Respecto de lo anterior debe manifestarse que la Honorable Corte Constitucional ha establecido que éstos son: (i) se cumplan los presupuestos genéricos de procedibilidad; y (ii) se configure, por lo menos uno de los defectos o criterios específicos. Así mismo debe resaltarse que aunado a lo anterior, deberá verificarse que: (i) el Juez del desacato actuó de conformidad con la decisión de tutela originalmente proferida, (ii) haya respetado el debido proceso de las partes, y (iii) la sanción impuesta – si fuere el caso – no deba ser arbitraria³⁰. Aplicando lo expuesto al caso objeto de estudio, se considera que si bien se encuentran acreditados los requisitos generales de procedibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales, lo cierto es que como se indicó, en los fallos objeto de cuestionamiento constitucional no se hacen presentes las causales específicas para ello.

Aunado a lo anterior, vale resaltar que los Falladores accionados actuaron de conformidad con la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 2006³¹, toda vez que allí se dispuso que la ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA iniciara las acciones tendientes a la consecución

³⁰ Sentencia T-171 del 18 de Marzo de 2009 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

³¹ Folios 14 al 29 C.O. Tribunal.

de los recursos para realizar, en un término no mayor de 30 días, la cancelación a los jubilados la mesada adicional o mesada quince que les fue concedida mediante el Acuerdo 025 de 1963, lo que a las fechas 26 de marzo de 2015 y 24 de abril de ese mismo año, no se había cumplido.

Igualmente la Alcaldesa Distrital de Barranquilla tuvo la oportunidad de rendir sus descargos a la solicitud de incidente en su contra, lo cual se cumplió el día 20 de marzo de 2015 mediante memorial suscrito por el Dr. GUILLERMO ENRIQUE ACEVEDO GÓMEZ³².

En virtud de lo anterior, se aprecia entonces que la sanción impuesta no resulta arbitraria, ni mucho menos caprichosa, pues la misma obedece al incumplimiento de una providencia judicial que se encuentra debidamente ejecutoriada y versó sobre derechos fundamentales que se encuentran vulnerados en virtud de que la Alcaldesa de Barranquilla no ha procedido de conformidad con la orden que le fue dada.

Vale agregar que la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en cuanto a la observancia y acatamiento de los fallos de tutela ha dicho que:

“...es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1° y 2°). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)³³...”

3.3. De la imposibilidad jurídica para cumplir el fallo de tutela:

Vale destacar que la argumentación central del apoderado de la Alcaldía Distrital de Barranquilla expresa dentro de sus argumentos defensivos que no resulta posible cumplir el fallo de tutela del 19 de diciembre de 2006, esto es, reconocer y pagar la prima de navidad que les fuere reconocida a los jubilados de éste Distrito mediante el Acuerdo No. 025 de 1963 emanado del Concejo de Barranquilla y que han dejado de ser canceladas en razón de una imposibilidad jurídica, debido a que dichas prestaciones serían ilegales.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, no se advierte, si se da noticia de que la Alcaldía Distrital de Barranquilla, pese a la recomendación que le hiciera el Promotor del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos mediante Oficio 01367 del 18 de marzo de 2002, hubiera adelantado en contra del citado Acuerdo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa una acción de nulidad, razón por la que sus afirmaciones no resultan de recibo, pues la tutela no es el escenario idóneo para debatir la legalidad o no del Acto Administrativo antes

³² Folios 130 al 135 C.O. Tribunal

³³ Auto 010 del 17 de febrero de 2004. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

reseñado, tal como así lo expuso el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA al dar la contestación a la adición presentada por el apoderado de la Dra. ELSA NOGUERA DE LA ESPRIELLA³⁴.

Aunado a lo anterior, debe resaltar la Sala que la alegada imposibilidad jurídica que se plantea por parte de la Administración Distrital en razón de la presunta ilegalidad de las mesadas objeto de reclamación y amparo constitucional, va en contravía de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, cuando reiteró en la recientísima sentencia del 19 de febrero de 2015 dentro del radicado: 08001233100020090073801 C.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, lo dicho previamente:

“...Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, a pesar de su ilegalidad, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma³⁵...”

Con mayor razón piensa la Sala, es aplicable ese criterio al caso bajo estudio cuyo origen data de un Acuerdo proferido por el Honorable Concejo Municipal de Barranquilla en el año 1963, sin que la Alcaldía haya denunciado un delito o siquiera un entuerto.

Luego entonces, como quiera que no se demostró que el Acto Administrativo por el que se reconoció la prima de navidad extralegal reclamada no se encuentre vigente, la sentencia antes mencionada se halla debidamente ejecutoriada, es decir, es cosa juzgada constitucional pues fue excluida de revisión por la Honorable Corte Constitucional mediante auto del 11 de mayo de 2007, tal como lo destaca el apoderado de la mencionada Sociedad³⁶, y como la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ampara las prestaciones económicas reconocidas antes de la Ley 100 de 1963 como es del caso de las reclamadas, lo cual se dio a través del Acuerdo No. 025 de 1963 emanado del Concejo de Barranquilla, es imperativo que ésta se cumpla, a efectos de que no se continúe con la vulneración de los derechos fundamentales que se controló concediendo el amparo.

Es decir, no podía la Administración Distrital unilateralmente suspender los pagos de las prestaciones sociales que venían haciéndose desde vieja data so pretexto de señalarla como ilegales en virtud de la vigencia de la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta lo que expresa el Consejo de Estado, puesto que si consideró que ello era así debía acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que allí se debatiera sobre la legalidad o no de dicho reconocimiento; sin embargo, no se ha demostrado que hasta la fecha así lo haya hecho.

En cuanto a este aspecto resulta menester indicar que se encuentra sustentado en la sentencia del 18 de julio de 2013 de la propia Sala de Casación Penal de la Honorable Corte

³⁴ Folio 412 C.O. Tribunal.

³⁵ Sentencia de febrero 23 de 2011. Radicación número: 68001-23-15-000-2005-03382-02(1406-10). C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

³⁶ Folios 119 y 432 C.O. Tribunal.

Suprema De Justicia en sede de tutelas³⁷ quien al confirmar un fallo de ésta Corporación indicó:

“...al existir una orden expresa y clara contenida en un fallo de tutela que alcanzó firmeza e hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto no fue seleccionado para revisión ante la Corte Constitucional, no resultaba admisible acudir a interpretaciones diferentes para justificar su incumplimiento cabal y, menos, retomar el estudio de asuntos propios de la instancia constitucional, como son los requisitos de procedencia de la acción, porque al hacerlo se comprometen las garantías de quien acudió al juez constitucional en busca de hacer efectiva la protección otorgada, conforme así lo ha dejado claro la Corte Constitucional al conceder el amparo contra decisiones de desacato a través de las cuales los jueces reabrieron la discusión de fondo resuelta ya mediante la acción de tutela o modificaron sustancialmente la protección originalmente ordenada...”

Resulta menester por lo tanto reiterar que la presente actuación judicial no es la oportunidad procesal idónea para presentar los argumentos defensivos que debieron ser esgrimidos durante el desarrollo de las actuaciones judiciales pertinentes, ni mucho menos como herramienta para que se determine o no la ilegalidad de prestaciones económicas reconocidas, lo cual, como se dijo, compete al Juez natural para ello, siendo éste en el asunto objeto de estudio, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de los medios de control allí establecidos, toda vez que, de actuar de manera distinta, sería una clara transgresión del ámbito de competencias del Fallador Constitucional.

3.5. De los límites del Juez que conoce el incidente de desacato:

Como se sabe, la tutela se interpuso en contra de dos providencias adoptadas al interior de un trámite incidental, razón por la que aparece necesario expresar que en cuanto a los límites, deberes y facultades del Juez de tutela que conoce del incidente de desacato, la jurisprudencia constitucional en la Sentencia T-652 del 30 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, ha señalado que el ámbito de acción del Funcionario está definido por la parte resolutive del fallo correspondiente. Por lo tanto, es su deber verificar:

1. A quién estaba dirigida la orden,
2. Cuál fue el término otorgado para ejecutarla,
3. Y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada).

Se aprecia entonces, teniendo como norte la jurisprudencia obligatoria de la Honorable Corte Constitucional, que los Falladores accionados actuaron dentro de los criterios antes definidos, toda vez que, de acuerdo a la parte resolutive de la sentencia del 19 de diciembre de 2006 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, la cual fue aportada al expediente tanto por el apoderado de la Alcaldesa de Barranquilla como por el Juzgado Once Penal Municipal del Circuito de Barranquilla³⁸, desde esa fecha fueron tutelados los derechos fundamentales al pago oportuno de la mesada pensional y al mínimo vital de los accionantes agremiados en la SOCIEDAD DE JUBILADOS DE BARRANQUILLA.

³⁷ Rad. 2013-00208. Aprobado mediante acta No. 227. M.P.: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

³⁸ Folios 14 al 21, 22 al 27 y 227 al 232 C.O. Tribunal.

La orden, dirigida al Alcalde Distrital de Barranquilla, consistió en iniciar dentro de las 48 horas seguidas a la notificación de dicho proveído las gestiones tendientes a la consecución de los dineros necesarios, para que en un plazo no mayor de 30 días, fueran cancelados los dineros adeudados a los accionantes por concepto de la prima de navidad equivalente a una mesada adicional extralegal, conforme a lo establecido en el Acuerdo 025 de 1962 del Concejo De Barranquilla, de manera individual.

Esto último, de acuerdo a lo manifestado por el apoderado de la SOCIEDAD DE JUBILDOS DE BARRANQUILLA no se ha cumplido, toda vez que la Administración Distrital no ha dictado los actos administrativos de carácter particular y en concreto, para demostrar que se han restablecidos los derechos de los beneficiarios de la decisión constitucional, lo cual motivó la solicitud de apertura del trámite incidental³⁹.

Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia del Máximo Tribunal Constitucional, no hubo “vía de hecho” por el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, ni como por el JUZGADO ONCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA.

3.6. De la concesión del amparo como mecanismo transitorio:

De igual modo debe indicarse que, tal y como advierte el citado artículo 86 Constitucional, excepcionalmente se admite la procedencia de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, siempre que se acredite que la misma es promovida con la finalidad de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Revisada la petición de amparo, se observa que la actora no alegó ni mucho menos justificó que se encontraba frente a un perjuicio irremediable, es decir, que sea grave y que se requiera de medidas urgentes frente a un peligro inminente o próximo a suceder sustentado en elementos fácticos que así lo acreditaran, es decir, que sea grave, el cual requiere de medidas urgentes para superar el daño que pueda producir, razón adicional por la que esta Sala se abstendrá de conceder la protección constitucional requerida.

Sobre ello la Honorable Corte Constitucional ha dicho que

“...Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva⁴⁰...”

No se demostró, por tanto, que el simple pago de unas prestaciones que se deben desde hace varios años a los pobres jubilados detenga grave e irremediamente “el desarrollo” o la

³⁹ Folios 217 al 221. C.O. Tribunal.

⁴⁰ T-235 del 26 de marzo de 2010. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

“inversión social” del Distrito de Barranquilla cuyo presupuesto anual se encuentra en billones de pesos.

3.8. Como corolario de lo precedente, la Sala denegará el amparo solicitado por el Dr. GUILLERMO ENRIQUE ACEVEDO GÓMEZ, como apoderado judicial de la Dra. ELSA MARGARITA NOGUERA DE LA ESPRIELLA, Alcaldesa Distrital de Barranquilla, en contra del JUZGADO ONCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA y el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, toda vez que como viene dicho, no se advierte la existencia de una vía de hecho en las providencias del 27 de marzo y 24 de abril de 2015 respectivamente, así como tampoco de una transgresión de su garantía fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 de la C.N.

Lo anterior no es óbice para que la Administración Distrital, al momento de proceder a cumplir con la orden de tutela realice adecuadamente las liquidaciones u operaciones financieras correspondientes, a fin de establecer cuáles son los jubilados a quienes les asiste el derecho reclamado y concedido.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del Magistrado Luis Felipe Colmenares Russo, en cuyos apartes se expresa así:

“Con el recuento histórico puesto de presente, se evidencia que en suficiencia se agotó y se concluyó, que la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, acertó al revocar la sanción que por desacato se le hubiere impuesto al entonces Alcalde ALEJANDRO CHAR, ante la imposibilidad jurídica de su cumplimiento; y lo cierto es con fundamento en ello, que la Sanción que hoy se impone a la Alcaldesa, debió correr la misma suerte, pues aun el Distrito se encuentra bajo la égida de la Ley 550 de 1999, razón por la que el suscrito es partidario de que se incurrió en vía de hecho en la decisión del Veintisiete (27) de Marzo de 2015, confirmada el veinticuatro (24) de Abril del mismo año, por manera que no se puede exigir, de forma estricta, la realización de dicha orden, al existir una causa real acerca la imposibilidad física y jurídica de su cumplimiento, considerando igualmente que, no debió darse inicio a las nuevas solicitudes de incidentes, pues se trata de un asunto que ya se debatió, y que por tanto, al igual que el trámite tutelar, hizo tránsito a cosa juzgada, en efecto ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia:

(...)
*Es que en algunos eventos como el que nos ocupa, el acatamiento de una decisión que dispone el reconocimiento y pago de emolumentos laborales o acreencias de tal naturaleza, no están regladas por un solo factor, o por el arbitrio de un funcionario y menos su capricho. Y en todo caso, ha dicho la Corte Constitucional que nadie está obligado a lo imposible. Aquí existe un problema de fondo y es que, se trató de prestaciones que no debieron ser reconocidas, debiendo poner de presente el suscrito, el escrito del ocho (8) de junio de 2007 signado por el Dr. RAYMUNDO MARENCO BOEKHOUDT, quien se desempeñaba en ese entonces, como Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía, y en ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asistía, como representante de los intereses de la accionada, señaló que la prestación reclamada por los jubilados del Distrito de Barranquilla denominada mesada quince (15), estaba **AFECTADA POR EL EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, RAZÓN POR LA QUE NO RESULTABA POSIBLE CONTINUAR CON SU RECONOCIMIENTO Y PAGO**, así como también por la disposición del Promotor para el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos Dr. LUIS JAVIER CLEVES⁴¹, quien afirmó:*

⁴¹ Folios 30 al 33 C.O. Tribunal.

“...En ninguna parte de la Ley 100 de 1993, ni en ninguno de sus Decretos reglamentarios se consagra a favor de los pensionados prestación alguna denominada PRIMA DE NAVIDAD. En resumen, hoy por hoy los pensionados tienen derecho a CATORCE (14) MESADAS PENSIONALES, de las cuales sólo la mesada adicional de junio está sujeta a un tope de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴²...”.

Vale decir que el juez de desacato está llamado a discernir sobre las posibilidades reales de cumplimiento y hasta donde pueden llegar las mismas en el ejercicio mínimo de la lógica y la razonabilidad jurídica, ponderando las situaciones particulares de todos cada uno los actores. Y ese ejercicio ya se hizo, aquí el cumplimiento tiene que ver acorde con lo anterior, con problemas de presupuesto, de ejecución, de obligación, de ordenación del gasto, así como de legitimidad del mismo, y finalmente sobre disponibilidades. Y si se examina con detenimiento la providencia objeto de cuestionamiento, dictada por el titular del Juzgado Once (11) Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para esta ocasión se estimó que permanecía la inobservancia de la orden constitucional, como quiera que no se habían allegado al trámite incidental los actos administrativos con los que se debía demostrar el acatamiento de la decisión; lo cierto es que, objetivamente de bulto salta la omisión, empero es claro igualmente que en el Desacato, debe estudiarse no solo el elemento objetivo, sino el subjetivo, el dolo o culpa grave en el incumplimiento, elemento que no se valoró, pues de haberse efectuado, la Sanción que viene impuesta no hubiere prosperado, pues las circunstancias que impiden el pago de las acreencias laborales aún se mantienen, máxime cuando la Ley 100 de 1993, como insistentemente se manifestó por los asesores de la Alcaldía, no contempló la “prima de navidad” de la cual se pretende insistentemente su cancelación, entonces, en el caso de los jubilados del Distrito de Barranquilla, no podían asignárseles una mesada adicional al del resto de todos los demás pensionados del país, de allí el amparo de tutela, ni siquiera debió ser procedente.

Tampoco puede obviarse que, el Promotor de la Reestructuración de Pasivos del Distrito de Barranquilla, sostuvo que la citada Ley “...derogó las normas que le eran contrarias, y el nuevo cuerpo orgánico de la seguridad social no contempló la denominada PRIMA DE NAVIDAD para los pensionados, razón por la cual a partir del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones, los acuerdos No. 025 de 1963 y 23 de 1965 expedidos por el (sic) Consejo de Barranquilla, **QUEDARON DEROGADOS TÁCITAMENTE POR EVIDENTE CONTRADICCIÓN ENTRE ELLOS Y LA NUEVA NORMATIVIDAD**⁴³...”

En efecto, la citada Ley en su artículo 289, preceptuó:

“VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos **Y DEROGA TODAS LAS DISPOSICIONES QUE LE SEAN CONTRARIAS**, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”

La incompatibilidad de los acuerdos 025 de 1963, y 023 de 1965, con la Ley 100 de 1993, es palpable, y por tanto el Juez Constitucional de Tutela debió de abstenerse de su amparo, luego entonces, es claro que el no cumplimiento del fallo de tutela que ordenó al Distrito de Barranquilla la cancelación de la

⁴² Folio 364 C.O. Tribunal

⁴³ Folio 359 C.O. TRIBUNAL.

prestación económica no se muestra caprichosa, adrede, o dolosa, descartándose con ello la existencia del elemento subjetivo que se requiere para sancionar por desacato.”

FUENTE NORMATIVA: Acuerdo 025 de 1963 Concejo Distrital de Barranquilla, Auto Corte Constitucional: Auto 010 de 17 de febrero de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-652 de agosto de 2010, Consejo de Estado, Sentencia 19 de febrero de 2015 Rad: 08001233100020090073801 C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Corte Penal: Sentencia del 18 de julio de 2013.

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2015-00146-00/

FECHA: Mayo 20 de 2015

DECISIÓN: Niega el amparo constitucional. **Salvamento de voto Dr. Colmenares**

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.