



BOLETÍN No. 60

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Enero – Febrero 2019

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

RADICACIÓN No. 08-758-31-84-002-2017-00161-01/ Número Interno: 2017-0135-F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA- Término de Prescripción legal/
HEREDEROS EXCLUIDOS DE LA PARTICIÓN- Criterio jurisprudencial de la CSJ:
Pueden ejercer la acción de petición de herencia mientras los bienes relictos se hallen en poder de los herederos putativos/ **SENTENCIA REIVINDICATORIA-** A partir que cobra ejecutoria comienza a contarse el término prescriptivo para la acción de petición de herencia

FECHA: Enero 31 de 2019

DEMANDANTE: Humberto Pertuz Granados, Jose Pertuz Granados, Manuel Salvador Pertuz Granados, Gloria de Jesus Pertuz Granados y Dolores Maria Pertuz Granados

DEMANDADO: Gladys Maria Pertuz de Perez, Gustavo Cesar Pertuz Charris y Herederos Indeterminados de la finada Obdulia Teresa Charris de Pertuz

Síntesis del caso:

En el presente caso, pretende la parte actora ser tenida en cuenta dentro del proceso sucesorio de su finado padre y conyuge, respectivamente, pues alegan que los demandados detentan el inmueble objeto de la petición de la herencia, con exclusión de los primeros.

Extractos:

“Ahora bien, tal acción como señala el art. 1326 del Código Civil, expira en diez (10) años, lo que impone establecer el marco temporal a partir del cual se comienza a contabilizar el término prescriptivo; respecto de lo cual, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia fechada Diciembre 4 de 2018, proferida al decidir en primera instancia la acción de tutela incoada

por los demandados contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala en este proceso, en Julio 31 del mismo año, dejándola sin efectos, ordenándonos emitir nueva sentencia, sostuvo:

“...como regla de principio, la prescripción del derecho real de herencia comienza a contabilizarse a partir de la adjudicación que en el juicio de sucesión se haga a favor del heredero putativo, más esto tiene aplicación práctica cuando en el curso del trámite Liquidatorio los allí intervinientes ostentan los bienes que conforman el acervo patrimonial, en tanto con la partición aprobada mediante sentencia mutan su condición de detentadores en nombre de la sucesión para tornarse en poseedores a nombre propio.

Pero cuando tal aprehensión no está siendo ejercida paralelamente al trámite Liquidatorio y es forzoso incoar un juicio reivindicatorio posterior, aquella regla general sufre excepción, por cuanto ...la prescripción ...solo empezará a correr a partir del momento en que el heredero putativo materialmente reciba el bien reivindicado, que fue, precisamente, lo alegado en autos y no observado por el Tribunal accionado por vía de tutela” (subrayado de la Sala)

Pues bien, aplicando lo anterior al presente caso, se encuentra comprobado con el certificado de defunción obrante a folio 9 del expediente, que el señor JOSÉ MANUEL PERTÚZ CHARRIS falleció el día 30 de Octubre de 1996, que mediante providencia fechada Junio 8 de 1999 se aprobó el trabajo de adjudicación del bien relicto a los demandados constituido por el inmueble distinguido con M.I. 040-68627 (fl.24); y así mismo, se halla acreditado, que los actores instauraron la demanda que dio origen a este proceso, el día 7 de Julio de 2015, como se aprecia a folio 1 del cuaderno principal, fecha en la cual el bien raíz se encontraba bajo el derecho de dominio de los ahora demandados, como se advierte a folios 17 y 18 del cuaderno principal.

Ahora bien, observamos que los demandados al contestar la impetración manifestaron no encontrarse en posesión del bien relicto en la época en que les fue adjudicado, y que los demandantes han pretendido ganarlo por prescripción adquisitiva de dominio, en forma infructuosa (fls.49-53); y al respecto, se dispuso por parte del juzgador de primera instancia indagar sobre este aspecto (fl.115), obteniéndose certificación expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás-Atlántico, que da cuenta que los demandados, herederos putativos, iniciaron proceso reivindicatorio contra los demandados, radicado bajo el No.08685408900120130004300, se dictó sentencia accediéndose a la pretensión reivindicatoria, que fue apelada e inadmitido el recurso con auto de Agosto 31 de 2015, fecha en la cual adquirió ejecutoria, habiéndose entregado el bien a los ahora demandantes, sin que figure en dicha certificación o en alguna otra prueba que debían incorporar los demandados, conforme al art. 167 del C.G.P., información acerca de la fecha en que se produjo la entrega del bien

a los demandantes, para tomarla como punto de partida del conteo del término de prescripción.

Tal omisión, sin embargo, no impide considerar desacreditada la excepción de prescripción de la acción de petición de herencia, como quiera que se evidencia a folio 1 del legajo, que la demanda con la que se inició este proceso fue radicada con anterioridad a la época en que debía comenzar a correr la prescripción de dicha acción, tomando en consideración como dispone la sentencia que concedió el amparo a los demandados, “...el momento en que el heredero putativo materialmente reciba el bien reivindicado...”, pues según la certificación del Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás, la sentencia reivindicatoria quedó ejecutoriada en Agosto 31 de 2015, con posterioridad a lo cual se produjo la entrega del inmueble al reivindicante en fecha no indicada, en tanto que la demanda que dio origen a este proceso fue entregada al reparto en Julio 7 de 2015; circunstancia ésta que permite concluir que la exceptiva fundada en este fenómeno jurídico ciertamente no tiene vocación de prosperidad, aunque por razones adicionales a las aducidas por el juez a-quo, lo que impone la confirmación de la sentencia de primer grado, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte demandada recurrente; puesto que de otra parte, con la partida de bautismo y los registros civiles de nacimiento obrantes a folios 12 al 16 se acredita la calidad de herederos de los demandantes respecto del causante JOSÉ MANUEL PERTÚZ CHARRIS; y con la Escritura Pública No.1425 de Marzo 6 de 2001 otorgada en la Notaría Única de Soledad (fls.19-25) se verifica que los actores no participaron en el procedimiento de liquidación de los bienes integrantes de la masa sucesoral de su finado padre JOSÉ MANUEL PERTÚZ CHARRIS...”

DECISIÓN: Confirmar la providencia venida en alzada, por las razones expuestas en esta providencia.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Radicación: 08001-31-53-007-2017-00333-01/ Número Interno: 41.589

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA-Error en el diagnóstico/ **CARGA DE LA PRUEBA-** Incumbe al actor demostrar las circunstancias de modo en que el galeno tratante vulneró la Lex Artis/ **NEXO CAUSAL-** No existe prueba en el plenario de haberse acreditado este presupuesto dentro del juicio de responsabilidad

FECHA: Febrero 20 de 2019

DEMANDANTE: Luigi Farelo Galiano – Otros

DEMANDADO: Areovías del Continente – Otros

Síntesis del caso:

En el presente asunto, el demandante pretende ser resarcido en los perjuicios materiales y morales que le endilga a la compañía donde labora, por cuanto, estima defectuosa la atención médica por ésta prestada, en especial, en el diagnóstico y prescripción de medicamentos para una enfermedad distinta a la que realmente aquejaba su estado de salud.

Extractos:

“Los reparos a la decisión de primera instancia se concretan en tres aspectos puntuales, a saber: i) el valor probatorio otorgado a la declaración de la profesional de la salud Patricia Osorio Pupo, médica internista neumóloga, y de la perito Martha Alonso Osorio; ii) la imparcialidad de la testigo psicóloga, Gloria Inés Quiñones por el interés que guarda con la demandada, Avianca S.A.; y iii) la inobservancia del consentimiento informado. En ese orden se abordaran.

(...)

Ahora bien, el ordenamiento procesal civil se adscribe al denominado sistema de la libre apreciación de las pruebas o sana crítica cuya característica principal es que el juez tiene la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que sean aplicables al caso sometido a su consideración, de modo que solo el juez es sujeto de la actividad valorativa de la prueba y corresponde a él única y exclusivamente realizar la “operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez; pero llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados, en el voluntario. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprenda su estudio crítico de conjunto, tanto de los varios de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente” (Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, 2012).

Tal preceptiva es recogida en el artículo 176 del Código General del Proceso, cuya literalidad expresa: “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

En el caso bajo examen las pruebas reseñadas -y objeto de censura por la parte recurrente- no fueron los únicos elementos de juicio tenidos en cuenta por el

operador judicial de primera instancia. Mírese que en los considerandos vertidos en la sentencia apelada se hace referencia a documentos aportados por las partes - en mayor relevancia la historia clínica del demandante, Luigi Farelo Galiano, y documentos clínicos que muestran el desarrollo evolutivo de las patologías sufridas desde el 27 de marzo de 2008-, a declaraciones de testigos, al dictamen pericial aportado por uno de los integrantes de la parte demandada e inclusive a los interrogatorios de la partes en litigio.

Los medios probatorios muestran el adecuado manejo clínico o la conformidad del protocolo médico dado al paciente, Luigi Farelo Galiano, que presentó un trastorno de ansiedad paroxística, síndrome psicossomático reactivo e incremento dopamienérgico, diagnóstico concretado por evaluación neuropsicología en trastorno de personalidad de estructura límite, con rasgos esquizoides, hipomaniacos, depresivos, hipocondriacos, un grado de narcisismo maligno. Patologías no asociadas al adenoma cortical en la glándula suprarrenal izquierda, así que las enfermedades psiquiátricas diagnosticadas no necesariamente tienen origen en la lesión orgánica encontrada con posterioridad en el demandante, es a la conclusión que se arrima esta instancia judicial.

Resulta, entonces, que el suministro del medicamento ansiolítico Alprazolam –Xanax- no contravino la guía clínica para la atención del paciente Farelo Galiano, por el contrario se ajustó a la misma como quedó en evidencia con las pruebas obrantes en la actuación, es decir, que la médica Patricia Valencia Macías cumplió con su deber de diligencia y cuidado en la atención del paciente.

Además la parte demandante no acreditó efectivamente la relación causal existente entre el daño reclamado y el presunto acto médico tildado de dañino, éste último encausado en un error de diagnóstico y el tratamiento seguido al demandante.

Tampoco desacreditó la pericia allegada por la parte demandada, siendo un tema de especial conocimiento científico, y la prueba cumplió con los requisitos exigidos en cuanto a la idoneidad del experto, así como, su fundamentación científica, y la convergencia que guarda con las demás pruebas que obran en el proceso.

Respecto a lo dicho por la médica Patricia Osorio Pupo su declaración como especialista en medicina interna versó sobre aspectos conceptuales de las patologías feocromocitoma y adenoma cortical y el manejo clínico de un médico internista en términos generales. Aseveraciones meramente ilustrativas en el presente asunto.

Tal como se ha visto, el primer reparo no prospera.

Con relación al testimonio rendido por Gloria Inés Quiñones, a quien la parte demandante tildó de sospechoso en razón del vínculo laboral que su “hijo” Julio

César Bocanegra Quiñones, de profesión piloto, tiene con la empresa Helicol, de propiedad de Avianca.

El sentenciador de primera instancia una vez puesto en conocimiento de la tacha de sospecha se limitó a indicar que tal situación no permite desechar la declaración recepcionada sino que la misma debe analizarse con mayor rigurosidad en el estadio procesal correspondiente, pero, en la motivación de la sentencia nada se dijo.

Dígase que debió el a –quo pronunciarse acerca de las circunstancias que eventualmente podrían afectar la credibilidad o imparcialidad de la deponente, sin embargo, tal omisión per se no desdibuja la consistencia de la declaración.

Obsérvese que la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas, sino que deja tal valoración “al concepto del juez”; criterio que debe estar soportado en la coherencia de la declaración y en su correspondencia con el contexto de significado.

Y examinado el motivo de sospecha alegado advierte la Sala que no hay prueba indicativa del presunto vínculo filial existente entre Gloria Inés Quiñones –testigo- y Julio César Bocanegra Quiñonez; y de la relación laboral de éste último con la empresa Helicol, de propiedad de Avianca. E hilando un poco más se tiene que escuchada la declaración de la testigo en conjunto con los demás medio de prueba no es posible inferir un motivo serio que afecte su declaración, es decir, que le reste credibilidad o advierta una situación de desconfianza.

Así las cosas, el segundo cargo está llamado al fracaso.

Por último, el reproche relacionado con el consentimiento informado poco importa en el caso analizado pues como se dijo no existe prueba de que el daño reclamado haya sido producto del suministro de un medicamento no indicado para tratar el diagnóstico real del demandante. Lo que torna inane el estudio de este aspecto.

Conclusión de las pruebas recaudas es la no demostración del nexo causal entre el hecho médico y el daño reclamado y si este extremo natural fracasa, el extremo subjetivo que es el título de imputación (culpa o dolo) igualmente brilla por su ausencia.”

DECISIÓN: Confirmar la sentencia venida en alzada.

M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
RADICACIÓN No. 08-001-31-03-016-2016-00491-02/ Número Interno: 41739

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO DE SEGURO- Exige para su celebración aquella diligencia suma por la que ha sido denominado de uberrima buena fe/ **DECLARACIÓN DE ASEGURABILIDAD-** Nulidad relativa/ Inexactitud o reticencia del tomador acerca de su estado de salud genera sanción de anulabilidad del contrato

FECHA: Febrero 22 de 2019

DEMANDANTE: Aura Esther Avendaño Acendra

DEMANDADO: Banco Pichincha S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa

Síntesis del caso:

En el presente caso, se advierte como problema jurídico si en la celebración del contrato de seguro celebrado con la demandada, existió o no, reticencia por el asegurado, al momento de declarar su estado de riesgo, que hubiera desembocado en la nulidad relativa de tal negocio jurídico, y por tanto, la negativa al pago de la prima a sus herederos.

Extractos:

“Aterrizando entonces al caso bajo examen, se tiene que la póliza seguro de vida grupo deudores, allegada con la contestación de la demanda, refiere un amparo automático para deudores con obligaciones hasta de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000.00) y edad hasta de 76 años, con la sola firma del formato de declaración de asegurabilidad, siempre y cuando manifestaran buen estado de salud y/o no indicaran padecer alguna de las enfermedades propuestas en el formulario, conducta que claramente estaba erigida en esa buena fe calificada, relevante de suyo entratándose de contratos masivos en el que la inspección individual revestía un sobrecosto.

Lo anterior se confirma con la lectura del anexo 32 obrante a folio 96, que indica respecto de tal póliza automática: *“No obstante, si en la solicitud el deudor declara alguna de las condiciones de salud previamente definidas por la aseguradora esta podrá exigir la realización de exámenes médicos y/o de laboratorio, con base en los cuales podrá tomar la decisión de aceptar el riesgo en condiciones normales, o con extra prima, o no aceptarlo”*, evidenciándose que la declaración tenía un vínculo ineludible con la decisión de realizar o no un análisis particular del estado de riesgo.

Pues bien, revisado el formulario a fin de determinar la responsabilidad de ambas partes, que obra a folio 99, se observó que su texto reza: *“declaro que mi estado de salud es bueno, no padezco, ni he padecido de enfermedades congénitas o afecciones tales como: Cardiovasculares, Sida, Hipertensión Arterial, Cáncer ni diabetes y en la actualidad no sufro de enfermedades agudas o crónicas,*

afecciones o adicciones que incidan sobre mi estado de salud. No he sido sometido a tratamiento o intervenciones quirúrgicas en razón de las enfermedades mencionadas anteriormente, o de dolencias directamente relacionadas con ellas en forma causal o consecencial." preguntándose a espacio seguido sobre algún padecimiento y su tratamiento, al tiempo que solicita una descripción con causa y fecha de antecedentes de salud.

Fue así como al diligenciarlo, el señor Octavio Enrique Bonett Yance adujo sufrir de artritis, manifestada únicamente en la imposibilidad de firmar, y cuyo tratamiento consistía en la aplicación de analgésico y fisioterapia de mano, sin que por la aseguradora se determinara entonces la necesidad de realización de exámenes médicos.

A criterio del apelante, tal declaración fue suficiente para evidenciar el estado de riesgo, lo que en su concepto desvirtuaba la reticencia como anuladora del contrato, máxime si aquella patología no había sido la causante del deceso.

Sin embargo, aunque su fallecimiento no tuvo una relación directa con la gota, que en últimas sí resultaba una forma de artritis conforme lo explicita la Asociación Colombiana de Reumatología en su guía para pacientes¹, lo cierto es que de haber declarado de manera precisa, de un lado la forma de esa artritis, y de otro, los antecedentes médicos más recientes derivados de tal diagnóstico, se hubiera brindado información más exacta no solo acerca de las complicaciones sufridas, sino de la diligencia del asegurado en mantener su estado de riesgo.

Al respecto se extrae de la historia clínica, que su diagnóstico de gota venía realizado por lo menos, desde el año 2007, desprendiéndose de la lectura de tal documento, que tuvo numerosos ingresos a las instituciones médicas por crisis gotosas, siendo operado de su codo izquierdo en el año 2012 así como de reemplazo total de rodilla derecha en el año de 2013 como complicación de esta enfermedad, último procedimiento quirúrgico que derivó en una infección provocando dos ingresos por urgencias previos a la declaración. El primero de 24 de febrero de 2013 y el segundo del 14 de noviembre de 2014, que conllevó a su hospitalización hasta el 4 de febrero de 2014, es decir, 16 días antes de suscribir documento controvertido, lapso durante el cual se le realizó retiro de prótesis, negándose inicialmente a la aplicación de antibióticos, así como al seguimiento de dieta recomendada y a realización de exámenes paraclínicos, como se observa a folio 123-146, dándose de alta por solicitud de plan de atención domiciliario aceptado, que no tuvo el desenlace esperado conforme se concluye de su reingreso el 15 de marzo de 2015 con remisión a unidad de

¹ <https://drive.google.com/drive/folders/1IHbztok3tUL5HdGO6h1izTaFgkzifly>

cuidados intensivos.

Resáltese entonces la actitud negligente respecto de su tratamiento, pues además de negarse a la aplicación de antibióticos, rechazar la dieta y la realización de exámenes paraclínicos, solicitó salidas voluntarias a pesar de que su estado de salud ameritaba continuar la hospitalización, lo que aparentemente ocasionó su fallecimiento, pues luego de la salida voluntaria del 24 de junio de 2015, en la que se le explicaron los riesgos y complicaciones de aquella medida, ingresó con una sepsis generalizada de origen tejidos blandos el 25 de agosto del mismo año , que desembocó en su muerte, como se avizora a folio 150 del informativo.

Llama pues la atención de la Sala, la manera ligera en que el señor Octavio Bonnet Yance, resumió sus síntomas en la incapacidad para mover su miembro superior, omitiendo diligenciar el espacio correspondiente a sus antecedentes de salud, a pesar que a escasos días había estado hospitalizado con múltiples padecimientos, a lo que se agrega que habiéndose prescrito por la institución hospitalaria la ingesta de antibióticos, anotara como único tratamiento el de analgésicos y terapia de mano.

Es decir, que lo acaecido al asegurado, resultó una condición de suyo más gravosa que la que se describió en el controvertido documento, cuando plasmó como antecedente: artritis (no puedo firmar bien), haciendo ver que se limitaba a un dolor en su extremidad superior, sin dejar claro que había sido sometido a intervenciones quirúrgicas recientes y a hospitalizaciones por infección, lo que haría colegir la reticencia, entendida como el ocultamiento de información relevante.

Lo anterior al margen de la hipertensión arterial que venía reportada de tiempo atrás como antecedente personal patológico, conforme se observa en la historia clínica, invocando a título de ilustración los folios 112 y 157 y que fue ocultada a pesar de encontrarse descrita de manera expresa en la declaración de asegurabilidad, como enfermedad crónica.

Su actitud resulta entonces inaceptable, y su negligencia mal puede trasladarse a la aseguradora, pues no resulta lógico concluir que de la simple anotación de artritis limitada a su mano, la compañía Aseguradora Solidaria Colombia, hubiera podido prever los insucesos dados en el desarrollo del contrato.”

DECISIÓN: Confirma sentencia venida en alzada.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ

Radicación: 08-001-31-05-012-2016-00452-01 / Número Interno: 63.823-A.

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: COMPATIBILIDAD DE PENSION DE JUBILACIÓN- Quedó expresamente pactado en la Convención Colectiva este beneficio para poder disfrutar de ésta y la de vejez que posteriormente fuese reconocida/ **CARGA DE LA PRUEBA-** Correspondía al demandado demostrar que no le era aplicable al actor el acuerdo convencional que origina la compatibilidad pensional

FECHA: Febrero 14 de 2019

DEMANDANTE: Victor Cortabarría Soto

DEMANDADO: Electrificadora Del Caribe S.A. E.S.P.

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, se estudia el caso de un jubilado que solicita la compatibilidad de sus pensiones, una de jubilación convencional y otra de vejez, por considerar que le asiste el derecho de disfrutar de ambas, sin que se limite dicho goce en virtud del fenómeno de la compartibilidad pensional.

Extractos:

“Ahora bien, en virtud del principio de congruencia, la Sala se limitará a abordar los temas estrictamente planteados por el apelante en su recurso, donde cuestiona la decisión del A-quo al concluir que la pensión de jubilación convencional esta llamada a ser compatible con la de vejez reconocida por Colpensiones.

Para a dilucidar tal tópico del debate debe indicarse que el demandante soporto sus pretensiones en la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha 1° de enero de 1982 al 1° de enero de 1983, la cual cuenta que la constancia de su depósito oportuno el enero 20 de 1982 (fl.46).

Atendiendo que la parte demandada insiste en que la pensión convencional no es compatible sino compartida, pasa la Sala a estudiar las normas legales que regulan la compatibilidad de las pensiones extralegales, así como lo expresamente pactado en la C.C.T. 1982-1983, vigente para a fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Es de advertir que el Decreto 3041 de 1.966 que aprobó el reglamento general del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, estipuló en su artículo segundo la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación con la de vejez que llegue a reconocer el Seguro Social, más no reguló lo concerniente a las pensiones extralegales, esto es, las de carácter voluntario o convencional, pues esto último solo aconteció con la expedición de los Acuerdos No. 029 de 1985, art.5 y No. 049 de 1.990, art.18, aprobados por los Decretos 2879 de 1.985 y 0758 de 1.990 respectivamente.

Es así como el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1985 <aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, vigente desde el 17 de octubre de 1.985>, estipuló la compartibilidad de las pensiones extralegales con la de vejez en los siguientes términos:

“Artículo 5 -. Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuaran cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo: Lo dispuesto en este artículo no se aplicara cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales ...” <negrilla fuera de texto>

Así las cosas, es del caso auscultar el contenido de la Convención Colectiva de trabajo con base en la cual se le concedió dicha prestación económica al actor, para con base en ello determinar si le asiste razón a la demandada.

A folios 31 a 46, milita la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Electrificadora de Bolívar y el sindicato de trabajadores de empresas de energía eléctrica de la Costa Atlántica- Subdirectiva Bolívar, con la constancia de su depósito, con vigencia desde el 1º de Enero de 1.982 hasta el 1º de Enero de 1.983, en cuyo artículo 20 regula la jubilación en los siguientes términos:

*“Para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, de acuerdo con el Artículo 5° de la Convención Colectiva 1976-1978, **la Empresa reconocerá el ciento por ciento del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio, sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el I.S.S** <Subraya y negrilla fuera de texto>*

El anterior texto convencional pone de presente que la pensión extralegal concedida al señor Víctor Cortabarría Soto, no estaba llamada a ser compartida con la pensión de vejez que reconoce el ISS, como expresamente así se dice de manera prístina, pues nótese que la intención de las partes al pactar dicha cláusula no es otra que dejar clarificado que la pensión de jubilación sería el 100% del salario devengado, sin que se disminuyera en razón del posible reconocimiento de la pensión de vejez al pensionado por la empresa.

Entendimiento que se refuerza con la intelección que le ha dado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral al aludido art. 20 de la Convención Colectiva vigente para los años 1982-1983, en la sentencia SL360-2018 radicación No. 60334 del 21 de febrero de 2.018, Radicación No.58499, (...)

Criterio reiterado más recientemente en sentencia SL5529-2018 del 14 de noviembre de 2.018, rad. 69435 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán.

De lo anterior se desprende que, efectivamente la pensión de jubilación convencional que percibe el demandante es de carácter compatible con la de vejez reconocida por Colpensiones, con fundamento en la convención colectiva 1982-1983, que se encontraba vigente al momento de su reconocimiento, sin que la demandada haya cumplido con la carga probatoria de desvirtuar de que la misma hubiese sido modificada por convenciones posteriores. Por el contrario los precedentes traídos a colación por el apelante no son aplicables a este asunto, dado que se referían a convenciones colectivas de trabajo de la Empresa Electricaribe vigentes en otros distritos distintos al de la Electrificadora de Bolívar, las que no coinciden con el texto convencional aquí analizado.

Por tal razón le asistió razón al A-quo al declarar la compatibilidad de la pensión de jubilación convencional respecto de la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, y condenar a la demandada al pago del 100% de la pensión de jubilación al demandante, y atendiendo que la demandada no presentó reparo con el monto de la condena impuesta, se impone a confirmar en su integridad la sentencia apelada.”

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada para actualizar el valor de la condena hasta el momento en que se dicta el fallo de segunda instancia. En lo restante, se Confirma.

M.S: Dr. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Radicación: 08-638-31-89-001-2001-01497-01/ Número interno: 63.567 D

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: INEMBARGABILIDAD DE RECURSOS PÚBLICOS-Caso de las entidades territoriales/**CRÉDITOS LABORALES-** Exepción: Sólo procede por acreencias laborales reconocidas mediante sentencias judiciales

FECHA: Febrero 7 de 2019

DEMANDANTE: Edith Mercedes Cantillo Charris

DEMANDADO: E.S.E. Hospital Local De Luruaco

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se apela el auto que limitó de decreto de medidas cautelares en contra una Empresa Social del Estado del orden municipal, proveniente de un crédito laboral ya reconocido judicialmente.

Extractos:

“Ahora bien, al descender al caso concreto, observa la Sala que la obligación objeto de ejecución emanó de una sentencia judicial emitida por el juzgado de origen, de fecha 17 de marzo de 2011, que generó a favor de la demandante un crédito laboral, correspondiente al pago de los salarios dejados de percibir por ésta desde el día 3 de agosto de 2001, hasta cuando opere el reintegro, sin embargo, y aun cuando éstos créditos se encuentran dentro de las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos del sistema general de participaciones, debe precisar la Sala que el juzgado de conocimiento condicionó los embargos ordenados en los autos atrás referenciados, al hecho de que los dineros a embargar no estuvieren amparados como inembargables de conformidad a la ley 1551 de 2012, y que no pertenecieran al sistema general de participaciones. (Subrayas propias)

Significa lo anterior, que de conformidad a lo previsto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 594 del C.G.P, aplicable en materia laboral por disponerlo así el artículo 1 de ese código, una vez recibido por parte de los destinatarios competentes la orden de embargo emitida por el juez, estos podían abstenerse de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargables de los recursos, informando a la autoridad que la decretó sobre

ello; tal como lo hizo la empresa COOSALUD EPS-S, quien mediante comunicación allegada al expediente el día 8 de junio de 2017, (fl 271) decidió no dar cumplimiento a la medida cautelar de embargo, argumentando que los recursos que esa entidad gira a la ejecutada tienen el carácter de inembargables por provenir del sistema general de participaciones, advirtiendo igualmente que en el evento de considerarse por la juez del conocimiento que en todo caso se debía dar aplicación a la medida cautelar, debería informarlo de manera expresa y que si dentro de los tres días siguientes al envío de la comunicación no lo hacía se entendería revocada la medida cautelar como lo prevé el citado artículo.

Por otra parte, en cuanto a la afirmación de la ejecutada según la cual se ha realizado el embargo de la cuenta maestra No. 4-1630-2013235, del Banco Agrario, debe advertir la Sala que en el expediente no consta que el mismo se haya hecho efectivo, y que en todo caso, al proferir el auto de 5 de octubre de 2017, se advirtió que el embargo de los dineros allí depositados se realizaría siempre y cuando no pertenecieran al sistema general de participaciones, pues de ser así deberá adelantarse el procedimiento establecido en el citado precepto, sin embargo, tal comunicación al juzgado por parte de tal entidad financiera no se observa en el cuaderno de copias, sino únicamente una certificación a folio 327 en la que consta que los recursos depositados a tal cuenta provienen del sistema general de participaciones, resultando como consecuencia lógica que no es posible hacer efectiva la orden emitida, situación que dista en todo caso de la pretendida revocatoria del auto que dispuso embargar los bienes de la ejecutada, toda vez, que se itera su cumplimiento se encontraba condicionado a los especiales términos de los autos que decretaron tales medidas, precisamente para amparar los recursos que revisten el carácter de inembargables.

Además, no puede desconocerse que los recursos del Sistema General de Participaciones no son la única fuente de ingreso que pueden recibir la EPS-S que contratan sus servicios con prestadores como la hoy ejecutada, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC7397 de 2018, el régimen subsidiado tiene distintas fuentes de financiación, aspecto éste sobre el cual se pronunció esa Sala en éste norte:

“las fuentes de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, grosso modo, son variadas y distintas, y obedecen a rubros ya fiscales ora parafiscales, así: (a) Cotizaciones -CREE-; (b) otros ingresos (incluye rendimientos financieros); (c) Cajas de Compensación Familiar; (d) Sistema General de Participaciones (SGP); (e) Rentas Cedidas; (f) Subcuenta ECAT (SOAT); (g) Subcuenta de Garantía; (h) Excedentes Fin (Adres otrora Fosyga); (i) Regalías; (j) Esfuerzo propio; (k) Recursos de la Nación (Ley 1393 de 2010); (l) Aportes de la Nación (Fosyga).

Dichas vertientes, en tratándose del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son: aportes de solidaridad del régimen contributivo; recursos del Sistema General de Participaciones para Salud (SGPS); recursos obtenidos del Monopolio de Juegos de Azar y Suerte; recursos transferidos por ETESA a los entes territoriales; recursos propios de los entes territoriales; recursos provenientes de Regalías; recursos propios del Fosyga, hoy Adres; recursos del Presupuesto General de la Nación; recursos propios de las Cajas de Compensación Familiar; recursos por recaudo del IVA; recursos por recaudo de CREE; recursos destinado al financiamiento de regímenes especiales; recursos provenientes de Medicina Prepagada, y, recursos provenientes del Sistema de Riesgos Profesionales.

Por supuesto que el «Sistema General de Participaciones» no es el único cauce financiero del cual se nutre el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5.2.2.- En segundo orden, en que a fin de que esos recursos cumplan con la destinación específica para la cual son transferidos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud contempla la existencia de «Cuentas Maestras del Sector Salud» que, conforme al artículo 15 de la Resolución 3042 de 2007 del Ministerio de Protección Social, con que se reglamentó la organización de los Fondos de Salud de los Entes Territoriales, se definen como «las cuentas registradas para la recepción de los recursos del SGP en Salud y a las cuales ingresarán la totalidad de los recursos de las subcuentas de régimen subsidiado, de prestación de servicios de salud en lo no cubierto con subsidios de la demanda y de salud pública colectiva de los Fondos de Salud de los entes territoriales».

A su vez, los «Fondos de Salud», conforme al precepto 4º ejusdem, estarán conformados por las siguientes «subcuentas»: (a) Subcuenta de Régimen Subsidiado de Salud; (b) Subcuenta de Prestación de Servicios de Salud en lo no cubierto con Subsidios a la Demanda; (c) Subcuenta de Salud Pública Colectiva; y, (d) Subcuenta de Otros Gastos en Salud.

A la par, ha de señalarse que los «gastos» de la «Subcuenta de Régimen Subsidiado» son: (i) La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPCS), para garantizar el aseguramiento a la población de escasos recursos asegurada a través del Régimen Subsidiado, con las Entidades Promotoras de Salud; siempre deberá identificarse si son apropiaciones con o sin situación de fondos. (ii) El 0,4% de los recursos destinados a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades territoriales, con cargo a los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga, hoy Adres; siempre deberá identificarse si son apropiaciones con o situación de fondos. (iii) Hasta el 0,4 % de los recursos del Régimen Subsidiado, destinados a los servicios de auditoría y/o interventoría de dicho régimen. (iv) El pago a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS), del valor correspondiente a los servicios prestados a la población pobre no asegurada de la respectiva entidad territorial. (v) El pago a las IPS del valor correspondiente a los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios a cargo del departamento. (vi) La financiación de los Programas De Saneamiento Fiscal y Financiero de las Empresas Sociales del Estado, categorizadas en riesgo medio y alto. Y, (vii) la inversión en el mejoramiento de la infraestructura y dotación de la red pública de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en el marco de la organización de la red de prestación de servicios.

Por demás, debe hacerse claridad que una cosa son las cuentas y subcuentas maestras de los entes territoriales (departamentos, distritos o municipios) donde se recauda y giran los dineros de la salud, y otras bien distintas las cuentas inscritas de los beneficiarios de pagos ante la respectiva entidad financiera de la Subcuenta del Régimen Subsidiado, y es a esta última a donde se realiza el pago por transferencia electrónica. (...)

Así las cosas, a juicio de la Sala, no hay lugar para revocar el auto apelado, toda vez, que no se avizora que el embargo decretado por la jueza de primera instancia en los autos de 25 de julio de 2014, (fl. 262), 22 de mayo de 2017, (fl. 266), y 5 de octubre de 2017 (fl. 306) se hubiere hecho efectivo sobre recursos que revistan el carácter de inembargables.”

DECISIÓN: Confirma el auto apelado por las razones expuestas en esta decisión.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación: 08001-60-01-005-2016-05262-02/ Número Interno: 2018-00203 P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA- En consideración al bien jurídico tutelado/ Fines de prevención general y específica/ **PRISIÓN DOMICILIARIA-**

Requisitos objetivos: El incumplimiento de éstos imposibilita su concesión

FECHA: Diciembre 5 de 2018/**AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO:** Febrero 19 de 2019

PROCESADO: Blas Erasmo Rengifo Rueda

DELITO: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios y partes o municiones

Aspecto fáctico:

En el presente caso, la defensa pretende la revocatoria de la decisión que negó el subrogado de la prisión domiciliaria por estimar el A-quo que no cumple con los requisitos objetivos señalados por el legislador.

Extractos:

“En el caso concreto que nos ocupa, la disconformidad del apelante está soportada en lo resuelto en el numeral 4 de la providencia recurrida, en virtud del cual se negó la concesión del subrogado penal de prisión domiciliaria, con base al incumplimiento de los requisitos objetivos normados en el artículo 38B, adicionado al Código Penal a través de la Ley 1709 de 2014.

Es menester detallar respecto al subrogado penal de prisión domiciliaria que, su otorgamiento no obedece a criterios enteramente discrecionales, ni caprichosos, sino que, debe ser evaluado desde la óptica de los requisitos de índole objetivo y subjetivo establecidos en el artículo 38B del Código Penal; así mismo, conviene

precisar que, si bien existen supuestos de hecho especiales consagrados en la Ley 906 de 2004 que facultan su excepcional concesión, corresponde al solicitante o impugnante, la carga probatoria de demostrar la viabilidad de su aplicación, precisado esto por la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia SP-997 de 2017, de la siguiente manera:

*"... La Sala, sin embargo, recogió ese criterio en CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, pronunciamiento en el cual sostuvo que el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: **i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales...**"*

(Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Para resolver la tensión jurídica que se revela al confrontar los argumentos del apelante con las consideraciones contenidas en la decisión de primera instancia, basta a la Sala recordar que, con fundamento en las mismas normas rectoras traídas a colación por el defensor técnico en su escrito, la pena infligida como consecuencia del delito cometido por Blas Erasmo Rengifo Rueda, no sólo es necesaria, sino que además, debe ser cumplida en establecimiento carcelario, en vista del incumplimiento de los requisitos legales mínimos para acceder al mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria que se solicita.

Inclusive, no se consolida ninguno de los supuestos de hecho que habilitan su otorgamiento excepcional con base a la calidad del procesado, dado que, estas al ser relacionadas con la edad, un embarazo avanzado en caso de ser mujer, estado grave de enfermedad, la calidad de madre/padre cabeza de familia, entre otras, no encuentran asidero probatorio en su caso particular.

De esta manera, contrario a lo afirmado por el censor, el problema jurídico no parece girar en torno a si es necesaria o no la pena impuesta al procesado, porque como viene visto, -aunque con un discurso un tanto ambivalente- el mismo defensor técnico en su argumentación está aceptando implícitamente que la pena de prisión impuesta a Blas Erasmo Rengifo Rueda es necesaria, y lo reafirma solicitando que esta sea ordenada en una modalidad diferente a la establecida por el juez de primera instancia, es decir, para ser cumplida en el lugar de residencia de su apadrinado judicial; sugiriendo así la inaplicación de un requisito legal de tipo objetivo, -lo cual ciertamente enarbolaría la garantía al *principio de necesidad*-, exponiendo así una interpretación sesgada del principio en mención.

Observa la Sala que, el apelante en su escrito plantea esencialmente una ponderación entre un principio rector de la normatividad penal colombiana y el artículo 38B que regula los requisitos legales exigidos para conceder el sustitutivo de prisión domiciliaria; es por esta razón que, se ofrece oportuno traer a colación una reciente explicación de la Corte Suprema de Justicia sobre las expresiones del principio de necesidad en relación con el establecimiento de la pena a imponer al sujeto vencido en juicio, obsérvese lo que al respecto se dijo:

“... el juez, en un caso concreto, una vez encuentra satisfechas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente a determinado comportamiento humano, atiende u observa el principio hermenéutico de necesidad de la pena cuando considera las siguientes eventualidades:

(i) Para determinar si está frente a uno de los supuestos en los que el legislador lo faculta para prescindir de la pena según lo normado en artículo 34 de la Ley 599 de 2000², hipótesis que, sobra decirlo, es ajena a la situación fáctica debatida, pues no se cumple la primera exigencia relativa a que se trate de un delito culposo o reprimido con pena no privativa de la libertad (la segunda son los grados de parentesco y vínculos filiales indicados en la norma);

(ii) Al momento de individualizar la pena con sustento en los criterios establecidos para tal efecto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, dado que la observancia de esos moduladores son desarrollo de los ya indicados principio de proporcionalidad y razonabilidad, en cuanto permiten establecer la magnitud de castigo necesaria y merecida por el infractor sin desconocer los límites legales, en este asunto acatados por los juzgadores, y

(iii) Con el fin de establecer si se reúnen los presupuestos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena (el análisis de este aspecto tiene que ver no con la necesidad de imponer una pena, sino con la necesidad de ejecutarla), de conformidad con el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, subrogado que en el asunto examinado fue con acierto negado por el a-quo por no estar satisfecho el condicionamiento objetivo relativo al monto de pena impuesta el cual superó el límite de cuatro años.”³ (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

² “En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

³ Sentencia de 24 de enero de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-0422018 (46283) M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Con apego a lo anterior, resulta evidente que la argumentación expresada por el impugnante no encuentra asidero en la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia, de lo cual se desprende la reafirmación de la necesidad de cumplimiento de pena, *independientemente de la modalidad intramural o domiciliaria que haya sido escogida por el juez de conocimiento*-. Por lo cual, en gracia de discusión, procederá este Tribunal a explicar que sobre este principio de necesidad de las sanciones penales, el artículo 3 del Código Penal regula claramente que este “...se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.”

El legislador penal Colombiano, al confeccionar el catálogo de principios rectores de la ley penal, dejó establecido que la sanción penal surgida como consecuencia de un debido proceso en el que sea desvirtuada la presunción de inocencia de una persona acusada de cometer una o varias conductas punibles, debe responder además de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al de necesidad enmarcado en una de las funciones de la pena establecidos en el artículo 4° de la misma obra jurídica, a saber: la prevención general y la especial.

De tal suerte que, la pena que se ha impuesto a Blas Erasmo Rengifo Rueda, resulta necesaria para cumplir los fines de prevención general y específica en los términos aquí indicados y en la modalidad que se señaló en la sentencia de primera instancia en razón del incumplimiento de los requisitos objetivos consagrados en el artículo 38B del Código Penal, que en manera alguna se opone a las normas rectoras de la ley penal colombiana, en especial, al principio de necesidad que reza el artículo 3° ejusdem.

En conclusión, del contenido que con suficiencia informa el expediente como de las alegaciones de las partes e intervinientes, se tiene demostrado que **(i)** el procesado Blas Erasmo Rengifo Rueda, no cumple con los requisitos objetivos para acceder a la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68° del Código Penal - pena de aplicación necesaria en virtud de los fines de prevención general y específica- y **(ii)** resulta sumamente necesaria la imposición de pena al procesado, habida cuenta de la gravedad de la conducta punible cometida, siendo función principal del Estado salvaguardar la seguridad pública de todos sus habitantes, la cual ha sido lacerada por el procesado.”

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Número Interno: 2018-00202-00-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia



TEMAS: NEGOCIACIONES- Como manifestación de la justicia premial/
PREACUERDO SIMPLE- Se caracteriza porque aceptaron los cargos conforme a los términos de la imputación sin modificación alguna/**JUEZ DE CONOCIMIENTO-** Al impartir la aprobación no puede alterar el quantum punitivo pactado por la Fiscalía y el imputado.

FECHA: Noviembre 19 de 2018 /**Audiencia de Lectura de fallo:** Enero 16 de 2019

PROCESADO: Habbid Gutierrez Silvera

DELITO: Homicidio Agravado en concurso de Fabricación, Tráfico o Porte de Arma de Fuego

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la Juez de Primera Instancia no reconoció el preacuerdo celebrado luego de la formulación de imputación, destacando el recurrente que cumple con los presupuestos necesarios para ser beneficiario del mismo.

Extractos:

“En este contexto, la Sala infiere que el procesado asistido por su defensor celebró un preacuerdo verbal con el Fiscal, en estrado y luego de formulada la imputación.

Sin embargo, tal como se señaló en el acápite de antecedentes procesales, la Juez Noveno Penal del Circuito de esta Capital, una vez que el asunto le fue repartido, en lugar de pronunciarse sobre la aprobación o improbación del preacuerdo, tajantemente deprecó que no comulgaba con las negociaciones realizadas en audiencias de formulación de imputación y entonces, determinó que en su postura, no se trató de un preacuerdo sino de un allanamiento a cargos y en la sentencia dosificó la pena, con un monto superior al que habían preacordado las partes.

Empero, tal como la Sala señaló párrafos arriba, desde la formulación de imputación, es posible que la Fiscalía celebre preacuerdos con los procesados, los cuales de cumplir con el principio de legalidad y de no afectar garantías constitucionales deben ser aprobados por los Jueces de Conocimiento.

Así las cosas, es notable que en el presente asunto se afectó el debido proceso del enjuiciado, al no darle el trámite pertinente al preacuerdo que celebró, máxime porque tal como se vislumbra en el video que contiene la audiencia celebrada ante la Juez Noveno Penal del Circuito, se puede colegir, que pese a que el defensor y el mismo enjuiciado, le manifestaron que no se trataba de una aceptación unilateral sino de una negociación con el Ente Acusador, se negó a emitir un pronunciamiento sobre la aprobación del preacuerdo.

De esta manera, estima la Judicatura, que la Falladora erró al darle un trámite equivocado e imponer su criterio a la fuerza, criterio que incluso, está alejado a lo que establece el inciso 1° del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, pues si estimaba que no era la oportunidad procesal idónea para celebrar tal negociación, bien podía improbar el preacuerdo y permitir los recursos de Ley, y no, como procedió, pues emitió sentencia con base a un allanamiento a cargos, el cual implicaba dosificar la pena conforme el sistema de cuartos, pese a que estamos frente a un preacuerdo de modalidad simple.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que la Fiscal Roxana Salcedo Barrios, haya asistido a la audiencia del 10 de julio de 2018, guardando silencio frente a tales yerros, pues como Ente Acusador, que se supone debe ser único, independientemente que en las audiencias preliminares actúe un Fiscal de Unidad de Reacción Inmediata y ante el Juez de Conocimiento un Fiscal Delegado, toda vez, que si bien el Fiscal que celebró el preacuerdo fue el doctor Rodrigo Restrepo Reyes, al arribar la mencionada Funcionaria a la “*audiencia de verificación de allanamiento*”, desconociendo la negociación que realizó su homólogo, sin duda trasgrede el principio de seguridad jurídica y la garantía constitucional al debido proceso del actor.

Así las cosas, dado que el vicio se originó desde la audiencia del 10 de julio de 2018, con las implicaciones sustantivas, procesales y punitivas adversas que de allí se derivaron para el procesado (recurrente), la solución que en principio se ofrece posible sería la invalidación de lo actuado a partir de esa diligencia, para que el proceso retome los cauces, es decir, se decida sobre la aprobación del preacuerdo y se dicte sentencia anticipada conforme a la pena pactada.

Sin embargo, en atención al principio de residualidad que gobierna la declaración de las nulidades, que **ordena acudir a esta opción cuando no existe otro medio procesal que permita subsanar la irregularidad**, la Sala considera que la solución propuesta por el recurrente, de tenerse el asunto como un preacuerdo y fijar el monto de la pena, de acuerdo a tal negociación (203 meses de prisión), restablece las garantías conculcadas y permite el mantenimiento de la validez del proceso.

Esta solución resulta compatible con la jurisprudencia desarrollada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a casos similares, en los que la Alta Corporación ha acudido a la fórmula de reconocer la rebaja de pena correspondiente, cuando, como ocurrió en este caso, el derecho que le asiste al procesado de acogerse a la figura de la sentencia anticipada y a obtener rebajas de pena u otros beneficios por dicho motivo, se frustra por actuaciones

imputables a los funcionarios judiciales (CSJ SP, 10 de abril de 2003, casación 16528, entre otras)⁴.

Conforme a la anterior conclusión, esta Colegiatura modificará el numeral primero de la sentencia condenatoria del 18 de septiembre de 2018, proferida en contra del señor Habib Gutiérrez Silvera, y en su lugar se aprobará el preacuerdo y se impondrá al procesado la pena pactada en ese medio de terminación anormal (203) meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico o porte de arma de fuego o municiones, en tanto, se trata de un preacuerdo en la modalidad simple (rebaja del 50%, se dio en la formulación de imputación y el encausado ni fue capturado en flagrancia, sumado a que respeta el principio de legalidad y no trasgrede garantías constitucionales al endilgado).

Lo dispuesto atendiendo que la pretensión del apelante precisamente es la modificación de la pena impuesta por el *a quo*, sumado a que es la salida menos traumática y que al devolverse el asunto ello acarrearía finalmente la imposición de la misma pena, y negativa de subrogados penales, pues los delitos aceptados por el endilgado comportan una pena mínima que no le permite acceder a tales institutos.

En lo demás se confirmará la sentencia recurrida, pues aunque opere la modificación antes transcrita, como ya se dijo, el sentenciado no se hace acreedor de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y tampoco del sustituto de prisión domiciliaria, sumado a que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, le fue impuesta por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad."

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Aprueba preacuerdo e impone pena.

M.S: Dr. DEMOSTENES CAMARGO DE AVILA

Radicación: 08-001-31-04-005-2006-00482-01/ Número Interno:2018-00219-P-CA

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto (Ley 600/00)

FECHA: Febrero 19 de 2019

TEMAS: LIBERTAD CONDICIONAL- Criterios jurídicos para la obtención de este beneficio/ **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-** Sucesión de leyes en el tiempo/Puede ser aplicado por retroactividad o ultraactividad, dependiendo el caso

CONDENADO: Aldemar Angarita Viloría

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 45.594 del 5 de octubre de 2016.

Causa fáctica:

En el presente asunto la controversia es relativa al otorgamiento del beneficio de la libertad condicional, la cual fuera negada por el juez encargado de vigilar el cumplimiento de la pena del condenado.

Extractos:

“No obstante, se advierte que los hechos por los cuales se condenó al ciudadano ALDEMAR ANGARITA VILORIA datan del 26 de julio de 2004, fecha en la cual el artículo 64 de la ley 599 de 2000 que se encontraba vigente era el original, mismo que contaba con exigencias diferentes a las previstas actualmente para la concesión de la libertad condicional, por lo que es dable analizar si en virtud del principio de favorabilidad por ultraactividad tal disposición normativa ha de ser aplicada al caso.

Vale advertir que si bien a ese fecha ya se había expedido la ley 890 de 2004, su artículo 5º, el cual modificó el artículo 64 del C.P., tan solo entró en vigencia el 1º de enero de 2005.

Efectuada tal acotación, en relación al principio de favorabilidad de la ley penal se tiene que el mismo es una excepción al principio de legalidad, por lo que la regla general es que la ley penal rige para las conductas cometidas durante su vigencia, como claramente lo establecen los artículos 29 de la Constitución Política y 6 del C.P.

Empero, el principio de favorabilidad también encuentra su respaldo legal en las aludidas normas, pues la primera refiere que *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”*, mientras que en términos similares la segunda refiere que *“la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.”*, dándole la connotación de norma rectora de la ley penal.

Vistas tales precisiones, resulta notorio que para acudir la aplicación del mentado principio es imperioso que se presente una sucesión de leyes en el tiempo, lo cual evidentemente ocurre en el caso sub-examine, pues el artículo 64 de la ley 599 de 2000 ha sido modificado por las leyes 890 de 2004, 1453 de 2011 y 1709 de 2014, siendo ésta última la que rige la materia actualmente y la cual fue objeto de aplicación por parte del Juez de primera instancia.

Acreditado que en el caso actual hubo una sucesión de leyes en el tiempo debe decirse que el principio de favorabilidad puede ser aplicado por retroactividad, aplicación de una ley nueva a un caso ocurrido con anterioridad a su vigencia,

siempre que la misma contenga disposiciones más favorables que las previstas por la ley objeto de derogatoria, o por ultractividad, consistente en la aplicación de una ley favorable que esté derogada a eventos acaecidos durante su vigencia.

En ese sentido, es palpable que en el caso de marras de ser analizará la posible aplicación ultraactiva de una norma en virtud del principio de favorabilidad, para lo cual nos remitiremos al contenido original del artículo 64 del C.P., el cual se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos por los que ALDEMAR ANGARITA VILORIA fue condenado, dicho texto es el siguiente:

"Artículo 64. Aparte tachado inexecutable. El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad ~~mayor de tres (3) años~~, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena. El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena." (Aparte tachado declarado inconstitucional mediante sentencia C- 806-02).

Efectivamente, la norma en cita resulta más benigna que la actual para los intereses del condenado, en tanto aquella no prevé la previa valoración de la conducta punible para el otorgamiento del beneficio pretendido.

En ese sentido, se cuenta con que, tal y como lo refirió el a-quo, el condenado ALDEMAR ANGARITA VILORIA ya cumplió las 3/5 partes de la pena privativa de la libertad de trescientos (300) meses de prisión que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad le impuso en sentencia del 16 de enero de 2007, la cual fue confirmada íntegramente por este Tribunal mediante decisión del 23 de agosto de 2007.

A más de ello, en lo relativo a la conducta del condenado en el centro carcelario debe decirse que en relación a éste el Juez Tercero de EPMS Valledupar (César) en decisión del 28 de enero de 2013 emitió concepto favorable para el beneficio administrativo de 72 horas al que hace referencia el artículo 147 de la ley 65 de 1993. Además, ese mismo fallador en providencia del 8 de abril de 2016 le concedió al recurrente el subrogado de la prisión domiciliaria, mismo que éste actualmente se encuentra disfrutando.

De igual modo, se advierte que el Director y el asesor jurídico del EPMSC Barranquilla, encargado de la vigilancia de las penas impuestas al sentenciado, recomendaron que se le concediera el beneficio de la libertad condicional, en tanto el mismo durante su período de reclusión ha tenido una calificación de conducta ejemplar e, incluso, ha realizado labores de educación formal a fin de redimir pena y lograr su pronta resocialización⁵.

Además, el expediente de marras denota que ALDEMAR ANGARITA VILORIA durante su tiempo de reclusión ha optado por redimir pena mediante trabajo y estudio, lo cual aunado a los beneficios que se le han concedido y el correcto disfrute que éste ha hecho de los mismos le permite a este cuerpo colegiado afirmar que la buena conducta adoptada por el condenado en el proceso de marras durante su reclusión permite deducir que no es necesario continuar ejecutando la pena de prisión que se le impuso.

Efectuadas tales precisiones, es necesario resaltar que para el otorgamiento del aludido subrogado no existe impedimento alguno en relación a lo dispuesto en el artículo 68A del Código Penal, en primer lugar, debido a que a la fecha de los hechos atribuidos al aquí condenado ese artículo no existía y, de haber existido, el mismo, ni ninguna de sus tantas modificaciones, a vedado de beneficios a aquellas personas condenadas por homicidio agravado por la causal séptima del artículo 104 ibídem.

En ese orden de ideas, la Sala, en virtud del principio de favorabilidad por ultraactividad, aplica al presente caso las exigencias previstas en el artículo 64 de la ley 599 de 2000 (sin modificaciones) para la concesión de la libertad condicional, lo cual deviene en que se le otorgue al sentenciado ALDEMAR ANGARITA VILORIA el aludido subrogado, pues, como se señaló en párrafos anteriores, el mismo reúne los requisitos señalados en la ley en comento.

Empero, previo al goce de tal beneficio el condenado deberá suscribir acta de compromiso y prestar caución prendaria por valor de un (1) S.M.L.V., a fin de garantizar las obligaciones contenidas en el artículo 65 del C.P.

Luego de ello podrá tal ciudadano entrar a gozar del subrogado de la libertad condicional durante un período de prueba equivalente al tiempo que le falta para el cumplimiento total de la pena que se le impuso en la causa penal de marras, lo que vendría a ser un total de setenta y seis (76) meses y veinte (20) días como período de prueba."

⁵ Ver Folios 81 y 82 del C. del Juzgado de E.P.M.S.

DECISIÓN: Revoca la decisión apelada. Concede el beneficio de la libertad condicional con las precisiones indicadas en el auto.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

**M.S: Dr. ABDÓN ALBERTO SIERRA GUTIERREZ
MAGISTRADO SALA CIVIL-FAMILIA**

RADICACIÓN No. 08001-22-13-000-2019-00018-00/ Número interno: T- 00018-2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de tutela de primera instancia

TEMAS: CARRERA ADMINISTRATIVA- Situaciones en las que pueden encontrarse los empleados en propiedad/**LICENCIA NO REMUNERADA-** Es posible obtenerla para desempeñar otro cargo en periodo de prueba fuera de la entidad

FECHA: Febrero 7 de 2019

ACCIONANTE: Pedro Antonio De la Cruz Rojas

ACCIONADO: Dirección Seccional de Administración Judicial

Causa fáctica:

En el presente caso, un empleado de la Dirección Seccional de Administración Judicial pretenda se le conceda la licencia especial de que trata la Ley 909 de 2004 para desempeñar otro cargo en una entidad por fuera de la rama judicial, petición que es despachada negativamente por el nominador.

Extractos:

“Conforme los hechos narrados con la demanda corresponde determinar si la Dirección Seccional de Carrera Judicial de Barranquilla vulnera garantías fundamentales al negar la concesión de la licencia no remunerada solicitada por el accionante para desempeñar un empleo en período de prueba en otra entidad.

El fundamento para la denegar la prerrogativa solicitada lo encontró el ente accionado en el artículo 142 de la Ley 270 de 1996, del cual dijo, que:

“La norma transcrita establece tres tipos de licencia, la del inciso 1, limitada en el tiempo, concedida a empleados y funcionarios, que no rompe el vínculo laboral, que tiene la particularidad de que no es revocable ni prorrogable por quien la otorga, pero es renunciable por el beneficiario.

Por otro lado, en el inciso 2, se establece la segunda modalidad de licencia que igualmente no es remunerada, se confiere para permitirle al funcionario de carrera para realizar estudios de especialización, actividades de docencia,

investigación asesoría científica al Estado, hasta por dos años previo concepto favorable del Consejo Superior de la Judicatura.

Por último, en el parágrafo de la norma, se establece la tercera modalidad de licencia que permite tanto a empleados como a funcionarios en propiedad ejercer hasta el por el término de dos años un cargo vacante transitoriamente en la Rama Judicial.

En ese sentido y descendiendo al caso concreto, esta Dirección Seccional no accederá a lo solicitado, toda vez que dicha situación no encuadra en la regulación que al respecto determinó la Ley 270 de 1996, normatividad expresa para la Rama Judicial del Poder Público." (Subrayado fuera del texto).

Sin embargo, tal interpretación resulta asintomática de las normas que regulan las situaciones administrativas en la que se puedan encontrar inmersos los empleados judiciales, tal como ocurre en el presente evento.

La Rama Judicial del Poder Público tiene un régimen especial de carrera, regulado por la Ley 270 de 1996 que pretende al igual que los otros sistema de carrera administrativa que el Estado pueda "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública."(Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011).

Según la normatividad en comentario los funcionarios y empleados pueden hallarse dentro las siguientes situaciones administrativas: i) en servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial y ii) separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar.

En línea de principio la prenombrada Ley 270 nada dice respecto de la situación fáctica en la que se encuentra un servidor judicial con derechos de carrera administrativa que es nombrado en período de prueba en otro empleo de carrera. No obstante, un análisis sistemático de las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa permiten dar solución al cuestionamiento, en especial la Ley 909 de 2004, que dispone que las disposiciones contenidas en esta ley se aplican, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos normativos en la normatividad que rige a los servidores públicos de carreras especiales, como por ejemplo, la Rama Judicial.

Es precisamente, el artículo 26 de la Ley 909, el que permite resolver la situación administrativa puesta en conocimiento por el accionante, denegada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y que concita la atención de esta instancia judicial. Advierte la literalidad de la norma que:

“Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.”

(...)

A lo largo de los planteamientos hechos, debe indicarse que la motivación dada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para denegar la licencia solicitada por el accionante resulta desajustada al ordenamiento jurídico, por tanto, violatorio de los derechos al acceso de un empleo público, trabajo y libertad de profesión u oficio.

Pues bien, como líneas atrás se anotó la concesión de la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción o de período está sujeta al cumplimiento de una condición dada por la existencia de una evaluación del desempeño sobresaliente –el otorgamiento de la comisión es un derecho del empleado- o una evaluación del desempeño satisfactoria –la comisión está supedita a la discrecionalidad motivada del nominador-. Y se tiene que a la fecha por información proveniente de la Unidad de Carrera Judicial los empleados de carrera de los Consejos Seccionales de la Judicatura no tienen

calificación de desempeño, por lo que está circunstancia no les oponible al accionante, mucho menos puede constituirse en una traba para la carrera administrativa a la que aspira, ni convertirse en una limitación para la concesión de un derecho de rango legal.

Aunado que el cargo en la Dirección Seccional es de carrera, mientras que el nombramiento que se le hizo es en periodo de prueba, y solo si lo supera será inscrito en la entidad SENA, luego no se trata de la misma vinculación.

De modo que este requisito debe entenderse cumplido, además la movilidad deviene por el nombramiento que en período de prueba se le hiciera por la Subdirección del Centro de Comercio y Servicios del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- Regional Atlántico, luego de superar con éxito las etapas del proceso de mérito para la provisión del cargo con OPEC No. 61879, denominado Profesional Grado 10.

A más que impedir el ascenso en la carrera administrativa por simples formalismo contraría las reglas de preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones y oportunidades, la eficacia a los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado y la estabilidad laboral de los trabajadores al servicio del Estado, así como, busca erradicar la corrupción de la administración pública.

Así lo ha conceptuado la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-⁶ e inclusive la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla⁷ acogió esta postura al conceder comisiones especiales a funcionarios de la Rama Judicial para ocupar en período de prueba cargos en la Procuraduría General de la Nación en el año 2016.

Agréguese que pretender discutir el acto administrativo por medio del cual se denegó la concesión de licencia solicitada, tal como lo sugiere el ente accionado, torna desproporcionado y excesivo en razón a las reglas preclusivas del concurso de mérito del Servicio Nacional de Aprendizaje en que se encuentra el actor, a la par, del inminente y evidente perjuicio que a los derechos fundamentales que puede causarse, lo cual desatina de toda lógica y sentido común."

DECISIÓN: Concede amparo constitucional. Ordena otorgar la comisión solicitada por el actor para desempeñar otro cargo en periodo de prueba.

⁶ Concepto unificado de fecha 13 de agosto de 2013. Ponente: Comisionado Humberto Moreno Bermúdez.

⁷ Por ejemplo la Resolución de Sala Plena No. 2928 del 25 agosto de 2016.

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores 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.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín.

Cualquier tipo de observación o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

VIVIAN VICTORIA SALTARIN JIMENEZ
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

“Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el Derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia”

Gaceta Judicial, XLII, No. 1897, Página 1, 1936

