



BOLETÍN No. 63

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Julio – Agosto 2019

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. SONIA RODRIGUEZ NORIEGA

RADICACIÓN: 08001-31-03-005-2016-00117-01/ Número Interno: 42.118

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: POSESIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS/ SUMA DE POSESIONES- Deber de acreditar todos los presupuestos establecidos para tal fin/ **CARGA PROBATORIA-** La demandante estaba llamada a demostrar que entre ésta y sus antecesoras habían ejercido la posesión por el término de 10 años/**ANTECESORA MEDIATA-** Debía probarse los actos posesorios y el número de años en que ejerció la posesión para poder acumularlos con quien pretende usucapir

DEMANDANTE: Leasing de Seguros S.A.S.

Demandado: Herederos Indeterminados de Raúl Alfredo Triana Malagón, Antonio Blas Zambrano Saccaro y Personas Indeterminadas.

FECHA: Agosto 12 de 2019

Síntesis del caso:

El presente asunto se contrae a la posesión que la sociedad demandante ha ejercido sobre el bien, luego que esta le fuera transferida por la anterior poseedora, razón por la cual pretende la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, petición negada por el Juez A Quo al considerar que no acreditó la respectiva suma de posesiones dentro del término requerido por la ley.

Extractos:

“En el caso bajo estudio, el demandante pretende la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien ubicado en la calle 115 No. 29-29, distinguido con el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 040-212801, alegando

que se encuentra en ejercicio de la posesión del inmueble referido, en virtud del negocio jurídico celebrado con la señora CRISTINA ISABEL BUELVAS CASTRO, quien según lo consignado en el libelo genitor, adquirió la posesión mediante la venta celebrada con la señora EDUVINA MARIÍA PAREJA AMARIS en el año 2007.

Conforme al anterior supuesto, resulta claro para la Sala que la sociedad demandante, en su propósito por adquirir el dominio del bien mediante usucapión, alega no solamente la posesión ejercida por ésta, sino también la de sus antecesoras. De esta forma, nos encontraríamos ante una suma de posesiones, de modo que la demandante debe acreditar los presupuestos establecidos para tal fin, a saber: 1) la existencia de un negocio jurídico válido a través del cual se transfiera la posesión, ii) la homogeneidad en la posesión, de forma que debe existir identidad entre lo poseído y lo transmitido y iii) debe existir entrega material de la cosa poseída. Aunado a lo anterior, para que la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio tenga vocación de prosperidad, debe encontrarse plenamente demostrado el perfeccionamiento del término requerido por la ley para tal fin, que en tratándose de prescripción extraordinaria corresponde a 10 años. En este sentido, la demandante estaba llamada a demostrar que entre ésta y sus antecesoras habían ejercido la posesión por el término referido, lo cual no acreditó de forma efectiva.

Si bien es cierto, la demandante acreditó el ejercicio de la posesión por parte de ésta y de su antecesora inmediata, con quien celebró el contrato de venta, no procedió en igual sentido respecto a la antecesora de aquella, es decir, respecto de la señora EDUVINA PAREJA AMARIS. Lo anterior se desprende a partir de las pruebas testimoniales, en cuya recepción los declarantes hacen referencia a la posesión ejercida por la demandante, bajo la representación del señor HENRIQUE ZAMBRANO GARCÍA y la ejercida por la señora CRISTINA BUELVAS CASTRO, sin embargo, nada se dijo frente a la presunta antecesora EDUVINA.

(...)

Valga aclarar que si bien es cierto, en las Escrituras aportadas –tanto en la de protocolización, como en la contentiva del negocio jurídico de venta-, se determina que la señora CRISTIAN BUELVAS CASTRO adquirió la posesión en virtud de la venta suscrita con la señora EDUVINA PAREJA AMARIS, estos documentos no constituyen un elemento de prueba suficiente para tener por acreditado el ejercicio de la posesión por parte de aquella. Cabe recalcar, que a través de las Escrituras y los documentos objeto de protocolización, tan solo se demuestra el negocio jurídico en virtud del cual se transfiere la presunta posesión que venía ejerciendo la señora EDUVINA, empero, no conduce, de forma alguna, a demostrar propiamente los hechos constitutivos de esta figura. No sobra recordar que, en tratándose de un hecho, la posesión debe encontrarse plenamente acreditada a partir de actos representativos de ella, para lo cual no bastaba con

la simple enunciación de su transferencia en un documento, sino que resultaba necesario demostrar su ejercicio por quien la transfiere, más aún cuando la suma de ésta resultaba necesaria para completar el término requerido para adquirir por prescripción.

En este sentido, la Sala debe advertir que no se encuentra acreditados los requisitos para usucapir a favor de la demandante, particularmente en lo relacionado con el término de prescripción, como quiera que si bien es cierto, ha demostrado el ejercicio de la posesión sobre el bien, tanto de forma directa, como por parte de su antecesora inmediata, no lo hizo así mismo frente a la señora EDUVINA PAREJA, de modo que el tiempo en el que esta última habría estado en posesión del predio no podría contabilizarse. Así las cosas, se reitera que el periodo tan solo puede contabilizarse desde el año 2007 hasta la presentación de la demanda -20 de octubre de 2016-, tiempo que no resulta suficiente para adquirir el dominio del bien a través de prescripción extraordinaria."

DECISIÓN: Confirma la sentencia venida en alzada.

M.S: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

RADICACIÓN: 08-001-31-10-003-2018-00189-01/ Número Interno: 2019-0084F

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: SUCESSIONES SIMULTANEAS- Es un conflicto aparente con la entrada en vigencia del C.G.P./ **REGISTRO NACIONAL DE APERTURA DE PROCESOS DE SUCESIÓN-** Es el instrumento idóneo para verificar cual fue el que el primer proceso que se inscribió/
CONSECUENCIAS DE LA INSCRIPCIÓN PREVIA – Permite al juzgador anular el proceso inscrito con posterioridad en el respectivo registro

FECHA: Julio 31 de 2019

DEMANDANTES: Dorian, Alberto, María, Oscar y Julián Giraldo Toro

CAUSANTE: Rigoberto Giraldo Noreña

Síntesis del caso:

En esta ocasión se estudia la alzada formulada contra el auto que declara la nulidad de todo lo actuado y ordena el archivo del expediente en razón a la existencia de un proceso de sucesión anterior.

Extractos:

"Para resolver actualmente la controversia generada por el trámite simultáneo de más de un proceso sucesoral de un causante, actualmente no es necesario

ni pertinente entrar a establecer cual es el “Juez Competente” para conocer del mismo, de acuerdo a las reglas normales de competencia territorial establecidos en la parte general del Estatuto Procesal, ello se hacía en vigencia del Artículo 624 del Código de Procedimiento Civil.

El referenciado Artículo 522 del Código General del Proceso, cambió esa situación al establecer que esa controversia se resuelve de una forma completamente objetiva estableciendo, simplemente, que el primero de los varios procesos en curso hay sido inscrito primero en el Registro Nacional de Apertura de Procesos de sucesión queda vigente y los demás deben ser anulados, (...).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha expedido tres autos, de fecha 4 de diciembre de 2017, 7 de marzo y 23 de mayo de 2018, reconociendo que desde la entrada en vigencia del Artículo 522 del Código General del Proceso, ya no es posible tramitar “conflictos de competencia” frente a la existencia de dos procesos de sucesión del mismo causante, reconociendo la falta de facultades de dicha Sala para resolver lo correspondiente.

Las dos primeras providencias indicando que se debe aplicar para resolver lo correspondiente lo que indica textualmente esa norma: “el aspecto de cuál fue el primer proceso en ser inscrito en el registro”, mientras que es el ultimo, que apartándose de los anteriores, planteó que el Juzgado correspondiente, con prelación al tenor de la norma de dicho artículo, debía resolver el incidente de nulidad con la aplicación de las reglas normales de asignación de competencia territorial de los procesos de sucesión.

Por ello, este ultimo criterio del auto del 23 de mayo de 2018, - que realmente constituye la “*ratione decidendi*” que soporta la “decision” de tal providencia- no reúne los requisitos para ser considerado un “precedente vinculante” de acuerdo a lo establecido en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 de la Corte Constitucional para las decisiones posteriores, al respecto de cómo debe decidirse este tipo de incidente de nulidad.

Así concebidas las cosas, no es pertinente el entrar a establecer cuál fue el ultimo domicilio del señor Rigoberto Giraldo Noreña, ni donde queda el asiento principal de sus negocios, como lo plantean los recurrentes, por ello las consideraciones del A Quo al respecto son irrelevantes y no tienen ninguna trascendencia en la decisión a tomar. Tampoco es pertinente entrar a analizar las circunstancias procesales por las cuales un determinado litigio alcanzó a efectuar su inscripción primero.

En las consideraciones de la providencia del A Quo, éste indica que el proceso de Fundación fue inscrito en el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Sucesión en forma previa al presente y con respecto a esta consideración soporte de esa decisión (su efectiva "ratione decidendi") – como antes se indicó- no se expuso en el memorial del recurso ninguna razón de inconformidad."

DECISIÓN: Confirma la decisión recurrida, conforme las razones expuestas en este proveído.

M.S: Dra. YAENS LORENA CASTELLON GIRALDO
RADICACIÓN No. 08758-31-12-001-2017-00357-01 /Núm. Interno: 41.913

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CULPA MÉDICA- Ausencia de la prueba del nexo causal entre el procedimiento previo a la aplicación de la anestesia y/o durante la misma y el fallecimiento como consecuencia directa de ello/ **EXAMEN MEDICOS PRE ANESTESICOS-** En la historia clínica quedó constancia que a la paciente se le practicaron los exámenes médicos previos a la intervención/ **EFFECTOS O REACCIONES ADVERSAS-** No se evidenció padecimiento que resultare incompatible con la aplicación de la anestesia

FECHA: Agosto 16 de 2019

DEMANDANTE: Eduardo Rafael Solano Flórez

DEMANDADO: Clínica Los Almendros S.A.S

Síntesis del caso:

En el presente asunto se pretende el resarcimiento de los perjuicios por el fallecimiento de la compañera permanente del demandante, con posterioridad a que ingresara a la clínica demandada, para ser intervenida quirúrgicamente de una rodilla, haciendo reacción adversa a la anestesia, dejándola "en estado de inconciencia" o "estado vegetal", en el cual permaneció durante 4 meses, hasta su fallecimiento.

Extractos:

"En ese orden de ideas, se avista a folios 17 a 28 del Cuaderno Principal, apartes de la historia clínica de la señora LUZ MARINA CAÑA LEÓN (Q.E.P.D.), de los cuales se desprende que se le diagnosticó "Fx (fractura) del platillo tibial externo con hundimiento", ante lo que, el plan médico a seguir fue quirúrgico, consistente en "Reducción abierta + osteosíntesis de platillo tibial" (Fl. 21 C. Ppal), sin que lograra

demostrarse por el demandante que tal indicación fue inadecuada, por no ser acorde con el estado de salud y las necesidades físicas de su esposa.

Igualmente se observa que el día programado para la cirugía, el 3 de marzo de 2009, se le realizaron exámenes previos a la misma, así: “CUADRO HEMATICO (sic)”, “PRUEBA DE COAGULACION (sic)” y “QUIMICA CLINICA (sic)”, así como rayos X (Fls. 28 y 29) y se le practicó el “CUESTIONARIO PREANESTESIA”, en el que únicamente respondió como positivas las preguntas sobre si “¿Ha sufrido úlceras (sic) o problemas estomacales?” y ¿Tiene dientes flojos, partidos, postizos o puentes? (Fl. 25 C. Ppal), que valga señalar, no se demostró guardaran relación con el cuadro que presentó con posterioridad a la administración de la anestesia y se refirió “No asma, diabetes ni alergias medicamentosas incluyendo los anestésicos comunes tipo xilocaína y sus derivados...”. (Fl. 22 C. Ppal)

(...)

Del anterior recuento no se desprende un actuar negligente del personal médico de la demandada, pues por el contrario quedó constancia que a la paciente se le practicaron los exámenes médicos previos a intervenirla, sin evidenciar padecimiento que resultare incompatible con la aplicación de la anestesia, hecho que tampoco fue demostrado, pero sí fue alegado al afirmar que la occisa “resultó alérgica a ese procedimiento denominado bloqueo peridural”, y sobre el que hizo reposar principalmente su inconformidad.

(...)

Ahora, en la descripción del procedimiento mediante el cual le aplicaron la anestesia, se consignó que “Se practica bloqueo peridural previa asepsia y antisepsia en región dorso lumbar administrándose 3 CC de roxicaína al 2% habón anestésico, sin complicaciones. Se aborda el espacio peridural por el método de pérdida de resistencia al émbolo, **no se observa salida de líquido cefalorraquídeo, ni de sangre**, por lo cual se procede a aplicar lentamente una mezcla de bupiróp 0.5% y sin epinefrina (45 mgs + 45 mgs intradural). Terminado el bloqueo peridural y colocado al paciente en decúbito dorsal se aplica IV 4 mgs de midazolam lento y diluido en 4 CC de cloruro de sodio. **Transcurridos de 3 – 4 minutos de practicado el bloqueo peridural la paciente comenzó a tener dificultad respiratoria, sensación de ahogo seguida de mirada fija, como intentando convulsionar ligera flacidez de labios y extremidades superiores** a pesar de que se le estaba suministrando 6 litros de O2 a través de sonda nasal (...).”.

No obstante resultar evidente que la señora CAÑA LEÓN (Q.E.P.D.) tuvo una reacción desfavorable inmediatamente después de realizársele el bloqueo peridural, pues se consignó en dicha historia que “la paciente está en paro

cardiorespiratorio inmediatamente se procede a realizar maniobras de reanimación", lo cierto es que falló la parte demandante en demostrar que existió negligencia por parte del cuerpo médico en el procedimiento previo a su aplicación y/o durante la misma, y que su fallecimiento fue consecuencia directa de ello.

Resulta oportuno señalar, que en lo atinente a la inconformidad del opugnante respecto a la falta de valoración conjunta de las pruebas y sobre las declaraciones de los galenos GUILLERMO GALLO y CARLOS MARIO ARIZA la Sala no comparte el argumento esgrimido por el A quo, de no otorgarles valor, teniendo en cuenta que si bien en sentencia del 6 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo del Atlántico se inhibió de pronunciarse sobre la responsabilidad que podía asistirles a SELVADALUD E.P.S. (entonces demandada) y a la CLÍNICA LOS ALMENDROS S.A.S., en el fallecimiento de la señora LUZ MARINA (Q.E.P.D.), lo cierto es que dicha Corporación no decretó la nulidad de lo actuado y de haberlo hecho, de igual forma las pruebas legalmente controvertidas conservarían su validez, conforme al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, regla reproducida en el artículo 138 del Código General del Proceso.

Ahora bien, analizando tales declaraciones se encuentra que CARLOS ARIZA lo hizo en calidad de Representante Legal de la demandada (Fls. 286 y 287 C. Ppal), esto es, con ocasión al interrogatorio de parte a él formulado durante el trámite seguido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no así en el marco de una prueba testimonial. No obstante, y en gracia de discusión, de su versión tampoco se desprende la responsabilidad que el demandante pretende probar, pues allí indicó que *"se le practicaron todos los paraclínicos (sic) pre quirúrgicos a saber, rayos x de tórax, electrocardiograma, cuadro hemático (sic) completo, pruebas de coagulación, TP, TPP, glicemia, creatinina, bomb, urea, se le practico (sic) una valoración por medicina interna, un test de anestesiología por el Dr. Gallo, se revisó el estudio de rayos x de rodilla derecha, donde aparece fractura tibial. Se verificó que todos los paraclínicos permitían llevar a cabo la cirugía..."*. De igual forma, indicó que una vez la paciente presentó complicaciones, fue reanimada y estabilizada de forma inmediata.

Por parte del Doctor GUILLERMO GALLO, en su testimonio manifestó haber sido quien practicó el cuestionario pre-anestésico a la paciente, siguiendo con el protocolo establecido para ello y realizó un recuento del bloqueo peridural practicado, del cual, como ya se anotó, no se desprende la comisión de ningún yerro, o que se haya incurrido en descuido o negligencia alguna.

Así las cosas, la denunciada falta de valoración de tales declaraciones no implica que la decisión deba variar, porque de las mismas no se llega a las conclusiones que indica el recurrente y de todas formas con el análisis de otros medios de prueba se da cuenta del procedimiento efectuado a la paciente.

De otro lado, en lo atinente al análisis del “*INFORME PERICIAL DE NECROPSIA*”, al cual se le otorgó valor probatorio por el A quo, se desprende que, a pesar de que en el “*Resumen de hechos*” se consignó: “*la hoy occisa sufrió muerte súbita*”, lo cierto es que en el acápite de “*OPINIÓN PERICIAL*” se señaló que la señora CAÑA LEÓN (Q.E.P.D.) “*fallece debido a Insuficiencia Respiratoria Aguda, ocasionada por Neumonía Nosocomial, inducida por Traqueostomía (sic), lo cual debe ser corroborado con estudios de Histopatología*”, sin que en ningún aparte de dicho documento se atribuya su deceso a la realización del plurimencionado bloqueo peridural. Por el contrario, en el acápite denominado “*EXAMEN INTERIOR*”, se consignó respecto a los pulmones que había “*...salida de abundante líquido hemático espumoso a la forcipresión y en otras áreas secreción (sic) pegajosa amarillenta, compatible con proceso neumónico y edema pulmonar*”. (Fls. 297 – 301 C. Ppal). De ello deduce la Sala que tampoco soporta dicho documento, la responsabilidad endilgada a la CLÍNICA LOS ALMENDROS S.A.S.

(...)

Del estudio conjunto de los elementos de prueba obrantes en el proceso, como se anotó precedentemente, se desprende que la negligencia endilgada a la accionada, en especial en lo atinente a la aplicación de la anestesia a la señora LUZ MARINA CAÑA LEÓN (Q.E.P.D.), no se encuentra demostrada y consecuencia de lo expuesto es la improsperidad de la totalidad de los reparos formulados por el apelante, por lo que se procederá a la confirmación de la sentencia impugnada, con la consecuente condena en costas de esta instancia al extremo activo, fijándose las agencias en derecho en un salario mínimo mensual legal vigente, de acuerdo a las tarifas designadas por el Consejo Superior de la Judicatura.”

DECISIÓN: CONFIRMAR la decisión venida en alzadas. Costas a la parte vencida.

M.S: Dra. YAENS LORENA CASTELLON GIRALDO
RADICACIÓN No. 08001-31-53-010-2008-00103-01/ Núm. Interno: 42.283

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: PRUEBA PERICIAL – Tránsito de Legislación/ **DECRETO Y PRÁCTICA DE OFICIO-** Procesos iniciados antes de la entrada en vigencia del C.G.P./ **CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN-** Aplicación de las reglas contenidas en los artículos 624 y 625 numeral 5° del C.G.P.

FECHA: Agosto 8 de 2019

DEMANDANTE: María Amparo Enuth Delgado

DEMANDADO: Electricaribe S.A. E.S.P.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, es asunto de debate judicial el tema de la contradicción de la prueba pericial para aquellos procesos iniciados antes de la entrada en vigencia del C.G.P., pero cuyo decreto probatorio fue decretado en vigor de esta normatividad procesal.

Extractos:

“Sin embargo, se encuentra que el Juez de primera instancia mediante auto de fecha 19 de octubre del 2018, en aplicación del artículo 169 del C.G.P., decretó prueba de oficio del perito evaluador, consistente en aportar dictamen sobre los bienes e inmuebles que sufrieron daño con ocasión de la conflagración que dio génesis al proceso, aportándose el respectivo dictamen por escrito el 22 de marzo del presente año, momento en que la demandada solicitó citar al perito para efectos de la contradicción, lo cual fue negado por el A quo, bajo el argumento que la legislación aplicable era el Código de Procedimiento Civil, la que no contemplaba ese trámite, por lo tanto el solicitante debió ejercer los mecanismos contemplados en tal legislación.

En este orden de ideas, en aras de resolver la discusión aquí planteada, es menester traer a colación lo dispuesto en el numeral 624 y 625 numeral 5, los cuales dictaminan que la práctica de pruebas decretadas, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo “las leyes vigentes cuando se decretaron las pruebas”, de lo que surge en efecto, la providencia mediante la cual el A quo procedió a decretar la prueba de oficio, fue dictada el 19 de octubre de la pasada anualidad, es decir se emitió ya entrado en vigencia del Código General del Proceso y por ende su trámite debe circunscribirse a lo dispuesto en este compendio procesal, pues así lo determina la norma antes mencionada. Ello, independientemente que el proceso se encuentre pendiente para dictar sentencia bajo la legislación anterior, pues la norma es clara al momento de indicar que la práctica de prueba es la que deberá llevarse a cabo al tenor de lo dispuesto en la norma procesal vigente en el tiempo de su decreto.

Aunado a ello, es importante acotar que el Juzgador de primer grado procedió al decreto de una prueba oficiosa, lo que conllevó retrotraer el proceso a la etapa probatoria en lo que respecta a la cuantificación del daño, circunstancia que si bien es cierto no fue contemplada en el régimen de transición del Código General del Proceso, no es menos cierto éste fue claro al indicar que la legislación aplicable al momento de llevar a cabo la práctica de una prueba, es la norma vigente al momento de su ordenanza.

También cabe resaltar que la hipótesis planteada por el Juez de dar trámite a la prueba al tenor del Código de Procedimiento Civil, conllevaría admitir el trámite

de contradicciones según sus normas, con la posibilidad de ejercer aclaración, complementación e incluso objeción del dictamen por escrito, en curso de lo cual se podría pensar en decretar uno nuevo, todo lo cual está proscrito actualmente y haría más extenso el proceso que de por sí lleva bastante tiempo. Al respecto se tiene que en efecto, el Código General del Proceso establece unas pautas para la contradicción de la prueba pericial que la hacen más ágil y le da celeridad al proceso, por lo que la decisión apelada conllevaría a un retroceso en la materia.

Además, llama poderosamente la atención que el A quo al momento de dictar la prueba, en el auto del 19 de octubre, cita la legislación procesal actual, al mencionar "(...) de conformidad con el art. 169 del C. Gral del Proceso", es decir que reconoce que éste cuerpo normativo es el llamado a regular su actuar, situación que ratificó por proveído del 10 de mayo de este año, al indicarle a la parte demandada que la facultad de ordenar la prueba a la luz de la nueva legislación procesal se desprendía de lo dispuesto en el art. 624 ibídem.

Teniendo claro lo anterior, deviene imperioso acotar que en efecto, el Código General del Proceso contempla el trámite a seguir cuando se adopte la prueba pericial de manera oficiosa, ya que en el inciso segundo del art. 231 señala que "Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia (...)", de lo que se colige que le asiste razón al recurrente en tal sentido y solicitar que se cite a audiencia el perito con el fin de ejercer la contradicción del dictamen."

DECISIÓN: Revoca el auto apelado. Acceder a la solicitud de citación al perito para efectos de contradicción del dictamen rendido.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ

Radicación: 08-001-31-05-008-2018-00150-01 / Número Interno: 65.586-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL- El afiliado no obtuvo la doble asesoría que están obligados a brindar los fondos de pensiones/ **DEBER DE LAS AFP-** Les corresponde proporcionar una información adecuada, suficiente y cierta para el traslado del afiliado/ **CARGA DE LA PRUEBA-** Le incumbe a las AFP demostrar el cumplimiento de su obligación de información al afiliado y las consecuencias que el traslado puede conllevar según su historia laboral/ No se satisface con el diligenciamiento del formato preimpreso de traslado firmado.

FECHA: Julio 9 de 2019

DEMANDANTE: Ruth Stella Eusse Gutierrez

DEMANDADO: Colfondos S.A., Proteccion S.A., Porvenir S.A. Y Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones

Aspecto fáctico:

En el presente asunto se pretende la declaratoria de ineficacia del traslado pensional que hiciera la demandante del régimen de prima media (RPMPD) al de régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) por cuanto considera que no estuvo lo suficientemente informado para tomar esta decisión que la afectó negativamente respecto del reconocimiento de su futura pensión.

Extractos:

“Respecto del debate sometido a consideración de esta Sala, se advierte en primera medida que en este caso constituye un hecho probado, que la demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada y aportando al Seguro Social, registrando cotizaciones en forma discontinua desde el **16 de Julio de 1988 hasta el 30 de junio de 1994**, calenda para la cual ya acumulaba **225,43** semanas¹. Igualmente que se trasladó al fondo privado de pensiones Colfondos mediante solicitud radicada el 6 de junio de 1994², luego a Protección S.A. en fecha 1 de abril de 1998³, y por último a Porvenir el 16 de julio de 2009, registrando aportes al RAIS a partir de julio de 1994⁴.

Lo anterior pone de presente que para la fecha en que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, era una afiliada al sistema pensional que venía cotizando al ISS desde 16 de julio de 1988⁵, que no era beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia, contaba con 29 años, <al haber nacido el **18 de noviembre de 1964**> y solo contaba con **217,85** semanas cotizadas, habiendo acumulado hasta la fecha de su traslado -el **30 de junio de 1994**⁶, un cúmulo de **225.43** semanas cotizadas⁷.

Ahora bien como en esta causa se solicitó la nulidad del traslado de la actora del Régimen de Ahorro Individual al Régimen Solidario de Prima media con prestación definida, es preciso indicar que en los casos en que las

¹ Ver folio 83 a 84.

² Ver folio 193

³ Ver folio 322

⁴ Ver folios 17 a 29, 169 a 198, 271 a 285 y 325 a 332.

⁵ Ver folio 83

⁶ Ver folio 193 solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias.

⁷ Ver resumen de semanas a folios 83 a 85

administradoras de los fondos de pensiones faltan a su deber de proporcionar una información adecuada, suficiente y cierta para el traslado del afiliado, lo que se configura es la ineficacia de la afiliación y conlleva a que se prive de todo efecto al traslado, y las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes, esto es, no afiliación al RAIS, y por ende no habría cambio de régimen.

(...)

Sin embargo, no es dable desatender que esta exigencia de escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado, también apareja colateralmente el deber que tienen las administradoras de los fondos de pensiones en suministrar una información completa y veraz al afiliado, que le permita tener una visión al afiliado de que régimen le resulta más beneficioso y cuáles son sus implicaciones en el reconocimiento de su futura pensión, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición.

En torno a este punto específico, cuando las administradoras de los fondos de pensiones faltan a su deber de proporcionar una información adecuada, suficiente y cierta para el traslado del afiliado, ya se ha pronunciado en múltiples sentencias la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., e inclusive contra la misma entidad hoy demandada, (...).

Y más recientemente en la sentencia **SL1452-2019 del 3 de abril de 2.019, Rad. 68852**, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se adoctrinó:

“La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

(...)”.

Precedente jurisprudencial reiterado en sentencias CSJ **SL1421-2019** del 10 abril de 2019, **SL1688-2019** y **SL1689-2019** del 8 de mayo de 2019.

Con base en los anteriores precedentes verticales del órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, los cuales se comparten enteramente por esta Sala de Decisión y resultan aplicables al caso objeto de estudio, donde resulta evidenciado que la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro Individual con solidaridad, sin que le haya plenamente informado sobre los pormenores que implicaba su traslado de régimen pensional, brillando por su ausencia prueba alguna que acredite que el fondo de Pensiones Colfondos S.A., cumplió con su ineludible deber de informar a la afiliada de las implicaciones que le generaba el cambiar de régimen pensional que la cobijaba y bajo cuyo régimen de prima media al que estaba aportando, le permitía pensionarse a una edad predeterminada, esto es, a la edad de los 55 años > antes de 2014, ó actualmente a los 57 años para las mujeres y, con un monto que se liquidaría con base en una tasa de remplazo previamente definida en proporción al número total de semanas que adicionalmente alcanzare a cotizar, así como ilustrarlo sobre las desventajas que se le derivarían en su caso particular al optar por una pensión que ya estaría supeditada al capital necesario que debía ahorrar para lograr alcanzar su gracia pensional, en los términos que este otro régimen pensional regla.

Es de precisar que la carga de la prueba que le viene impuesta al fondo de pensiones demandado Colfondos en aras de acreditar que la demandante sí recibió la asesoría debida al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen pensional, para lograr desvirtuar el supuesto fáctico en que se basó la demandante para implorar la nulidad e ineficacia de su traslado⁸, no se colma con la simple suscripción del formulario preimpreso y firmado por la demandante que anexó a su contestación, en razón a que no se aportó las pruebas que evidencien toda la información completa y veraz que se le suministró al afiliado de su situación pensional en ambos regímenes antes de formalizar su traslado, lo que denota que ni siquiera se le hizo un estudio de su situación en particular que lo ilustrara en su decisión, máxime que al ser estas entidades de seguridad social expertas en el tema, su deber de información reviste el carácter de profesional y no resulta de recibo pretender trasladar al afiliado el pleno conocimiento de los distintos regímenes pensionales vigentes, que en la mayoría de los casos desconocen, ni mucho menos se convalida con los traslados entre administradoras dentro de este último régimen, toda vez que la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

⁸ Ver hecho 16 de la demanda

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva como lo ha señalado la Corte Suprema, a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

De lo anterior se deriva que resulta plenamente válido declarar ineficaz su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro Individual con solidaridad, lo que trae como consecuencia, el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado hoy, por Colpensiones y, la correlativa obligación de Porvenir S.A., fondo en que se encuentra actualmente vinculada, de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses conforme lo dispone el art.1746 del C.C. y la Jurisprudencia de la SCL antes indicada⁹, esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado, y a Colpensiones recibir dichos aportes obtenidos en su instancia en el RAIS, razón por la cual se modificará la sentencia apelada, en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado de la señora Ruth Stella Eusse Gutiérrez al RAIS, lo que conlleva a que también se entienda ineficaz los traslados entre administradoras del mismo régimen – RAIS, (...)."

DECISIÓN: MODIFICAR numeral 2° de la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A. DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida y, se ordena a la PORVENIR S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de la demandante, con destino a Colpensiones.

M.S: Dra. NORA EDITH MENDEZ ALVAREZ

Radicación: 08001-31-05-002-2015-00455-01 / Número interno: 64.603

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: CONTRATO REALIDAD- No se acreditó por el demandante a través de los medios probatorios arrojados al proceso/ **CONTRATO DE ENROLAMIENTO Y CONTRATO A TÉRMINO FIJO-** Fueron celebrados sucesivamente con el demandante y éste tuvo conocimiento de la fecha exacta de su no renovación

FECHA: Agosto 2 de 2019

DEMANDANTE: Carlos Gil Arrieta Florez

⁹ Rad.31989/08:

DEMANDADO: Naviera Fluvial Colombiana S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se advierte que el demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre febrero de 1995 hasta mayo de 2015, y se condene a la entidad accionada NAVIERA FLUVIAL COLOMBIANA S.A., al pago de salarios y prestaciones sociales legales o extralegales dejadas de percibir, desde su despido hasta cuando se reintegre, incluyendo los aportes a seguridad social.

Extractos:

“Determinado lo anterior, se apresta la Sala para abordar la resolución de la controversia que ha sido traída a su conocimiento. En términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde al trabajador la prueba del hecho en que la presunción se funda, o sea, la prestación de trabajo personal.

Acreditada ésta prestación personal, queda establecido que ese trabajo personal fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario.

Acerca de la configuración de un contrato de trabajo, la jurisprudencia nacional indica que:

“Como consideraciones de instancia, a más de las esgrimidas al desatarse el recurso de casación, es pertinente añadir, que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio toda vez que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal (...)”

En el sector privado, la presunción viene establecida en el artículo 24 del CST que establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

De otro lado hay que tener en cuenta que el efecto inmediato de la aplicación del principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 constitucional y 23 del CST es el que prevalece la realidad frente a las apariencias que le haya querido dar el empleador a la relación laboral. En virtud de este

principio los acuerdos de las partes formalmente celebrados y que esconden una relación laboral se desvanecen para abrirle paso al contrato de trabajo.

Para abundar en razones que justifiquen la decisión que más adelante se tomará, se precisa que en el proceso existen pruebas documentales hasta la saciedad, tendientes a demostrar la existencia del vínculo laboral que ató al actor con la demandada, certificación laboral emanada de la demandada donde se puede leer con meridiana claridad: "que el señor CARLOS GIL ARRIETA FLOREZ con cédula de ciudadanía No. 9.136.241 de Magangué, laboró entre el 03 de febrero de 1995 y el 24 de mayo de 2013, mediante distintos **contratos de enrolamiento por viaje redondo a bordo de las unidades remolcadoras fluviales**; en el cargo MARINERO, con un tiempo efectivo de servicio de (16) años, (10) meses y (07) días.

Laboró mediante contrato a término fijo desde el 25 de mayo de 2013 hasta el 18 de mayo de 2015; se desempeñó en el último cargo de MARINERO, con un tiempo efectivo de servicio de (1) año, (11) meses y (29) días. Que su último salario básico fue de \$ 28.699 y promedio mensual de \$ 1.294.324." (Folio 86, 231); contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, enero de 2010 (Desvare, trasiego y remolque hasta puerto de bote Naviera 109), **con anotación en cláusulas adicionales – las partes conviene (mutuo acuerdo), como causa o motivo de terminación anticipada de este contrato, al enrolamiento del trabajador en unidades remolcadoras de la empresa para ejecutar viaje redondo.** (Folio 103-104); contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, enero de 2001 (mientras dure la celaduría de los botes de los remolcadores Luis Fernando, Francisco Estrada y Sotara) **con anotación en cláusulas adicionales – las partes conviene (mutuo acuerdo), como causa o motivo de terminación anticipada de este contrato, al enrolamiento del trabajador en unidades remolcadoras de la empresa para ejecutar viaje redondo.** (Folio 120-121); contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año desde mayo de 2013 (f 6, 95 y 96); Carta de no prórroga del contrato a término fijo fechada 17 de abril de 2015 (f 93); liquidaciones de salarios y prestaciones sociales y terminación de contrato de viaje y devolución de prestaciones sociales desde el 10 de marzo de 1995 a 24 de mayo de 2013 y desde el 25 de mayo de 2013 a 18 de mayo de 2015 (folios 149 a 586).

De la prueba testimonial del señor Ángel María Cantillo Aguirre, traída al proceso, por parte del demandante y con el ánimo de demostrar el contrato realidad, a nada condujo, dado que sus respuestas fueron vagas y poco coherente.

Entonces, es claro para la Sala que este testigo no es sosegado en su andar, lo que conlleva a esta judicatura a determinar que no cumplió con el objetivo para el cual fue citado por el demandante, toda vez que de su dicho no se logra demostrar el anhelado contrato realidad. Lo anterior aunado al hecho y llama la atención de la Sala, que el actor al absolver el interrogatorio de parte que le

formulara la apoderada de la demandada manifestó: *“que efectivamente su relación laboral se dio a través de contratos de enrolamiento por viajes de ida y vuelta, y el último fue un contrato de trabajo a término fijo, del cual se le comunicó con un mes de antelación que el mismo no se iba a prorrogar.*

Igualmente y con el fin de desvirtuar las afirmaciones del accionante, la demandada arrió al proceso copia de los contratos de obra o labor determinada, contratos de enrolamiento y contrato a término fijo contrato de trabajo a término fijo y cada una de las liquidaciones de los contratos en mención, los cuales fueron detallados en líneas anteriores así como la foliatura; en el mismo sentido trajo las testimoniales de los señores: Carolina Neira Coba y Ricardo Daniel González Benavides, quienes corroboran el dicho del actor en lo atinente que su vinculación a Naviera Fluvial Colombiana S.A., se dio a través de contratos de enrolamiento por viajes de ida y vuelta y posterior contrato a término fijo el cual se dio por terminado por expiración del plazo o termino pactado, situación que fue corroborada por el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte que le formulara el apoderado de la parte demandante.

De acuerdo al acervo probatorio allegado por las partes, se observa que no obra prueba alguna que demuestre que las afirmaciones del señor CARLOS GIL ARRIETA FLOREZ, en cuanto a que se encontraba vinculado a Naviera Fluvial Colombiana S.A., con un solo contrato desde el 3 de febrero de 1995 al 18 de mayo de 2015, mediante un contrato continuo real a término indefinido, pues lo que se verifica es que estuvo vinculado a la demandada mediante contratos de ENROLAMIENTO POR VIAJE REDONDO y posterior contrato a término fijo.

Según las voces del artículo 1509 del código de comercio este tipo de contratos, salvo estipulación expresa en contrario, se entiende celebrado por el viaje de ida y regreso.

Así las cosas, se constató por parte de la Sala que efectivamente le fueron canceladas cada una de las prestaciones y liquidados los contratos, tal como se desprende de las documentales obrantes a folio 149 a 586.

Teniendo en cuenta lo anterior, aborda la sala el estudio de la pretensión de pago del trabajo suplementario. Éste, de acuerdo con el artículo 159 CST es definido como el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.

Correlativamente, el artículo 161 ibídem, por exclusión establece que todo aquello que exceda de las 8 horas diarias y 48 semanales es considerado trabajo suplementario, salvo las excepciones que este artículo establece.

Ahora bien, con respecto a la prueba de las horas extras, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha dicho reiteradamente que cuando el demandante solicita el pago del trabajo suplementario, el mismo debe acreditar el número de horas laboradas, los días y el valor de las mismas. Solo de esta manera el juzgador podrá acreditar y ordenar su pago.

Observando el plenario, es evidente que el demandante a lo largo del proceso no logro demostrar cuantas y cuando laboró las mencionadas horas extras, mucho menos el valor de las mismas. En el expediente no reposan pruebas documentales o testimoniales que acrediten que el demandante laboró las horas extras que argumenta, por lo que teniendo en cuenta lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia, no le es dable al fallador ordenar el pago de las mismas.

Con respecto a la aplicación del artículo 21 de la ley 50 de 1990, esa obligación impuesta por la norma en mención debe operar durante la vigencia del contrato y no por fuera de este, tal como lo determinó la Corte Sala de Casación laboral en sentencia en sentencia de 3 de septiembre de 2002:

*"(...) el derecho que consagra el artículo 21 de la ley 50 de 1990 está en relación directa con la ejecución del contrato de trabajo. La obligación que esa norma le impone al patrono **solo se concibe dentro de la vigencia de la relación laboral**, pues implica sustraer dos horas de la jornada semanal de trabajo para el mejoramiento físico e intelectual del trabajador mediante actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación.*

*Pero **una vez terminado el contrato la situación sufre una profunda modificación**, comenzando porque las condiciones de empleador y trabajador desaparecen, el concepto de beneficiario colectivo del derecho (empresas con más de 50 trabajadores) **pierde su contexto, no subsiste por ello la causa o razón de ser del derecho correspondiente e incluso resulta que para el propio ex trabajador**, individualmente considerado, someterse a la rutina académica o deportiva sería asumir más una carga que un beneficio. Por ello, el eventual incumplimiento de esa obligación de hacer debe tener una solución distinta para el caso de haber dejado de tener el demandante la condición de trabajador, que puede ubicarse dentro del campo de la acción resarcitoria, con el propósito de obtener la consecuente indemnización de perjuicios" (Negrillas y subraya de la Sala)*

Por lo anterior, no le corresponde al demandante reliquidaciones o pago de indemnizaciones por no haber recibido estas dos horas de recreación, actividades deportivas y culturales, toda vez que el reclamo de las mismas debió realizarse mientras se encontraba vigente el contrato laboral."

DECISIÓN: Confirma la sentencia venida en alzada.

SALA PENAL

M.S: Dra. GREIS MARIA VILLAMIL MARTÍNEZ

Radicación: 080016001055201805662/ Número interno: 2019-00112-P-GV

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: JUSTICIA PREMIAL- PREACUERDOS: No es posible negar la concesión de subrogados penales bajo el argumento que el delito antes de la eliminación del calificante se encuentra excluido por mandato legal/ **POSICIÓN JURISPRUDENCIAL C.S.J y SALA PENAL DEL TRIBUNAL-** El delito objeto de la solicitud de subrogado es aquel sobre el cual se aceptó responsabilidad, no aquel cuya conducta cometieron típicamente los procesados.

FECHA: Julio 23 de 2019 – Audiencia de Lectura de fallo: Agosto 15 de 2019

PROCESADOS: Yubran Esneider Sosa Torres y Oscar Mauricio Yepes Devia

Aspecto fáctico:

El presente asunto se contrae a la decisión recurrida por la defensa de los procesados, la cual manifiesta que en el preacuerdo se eliminó la causal calificante, es decir, se degradó de hurto calificado agravado a hurto agravado, y ello fue desconocido por la falladora en la Sentencia, y que dicho preacuerdo respetó los derechos y garantías de todas las partes, en la medida que fue indemnizada la víctima, razón por la cual está inconforme con la decisión negativa de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Extractos:

“En el presente caso, las circunstancias fácticas por las que la Fiscalía acusó a los señores YUBRAN ESNEIDER SOSA TORRES y OSCAR MAURICIO YEPES DEVIA, se debió a que el día 21 de septiembre del año 2018, irrumpieron en una de las Sedes del Banco de Bogotá de la ciudad de Barranquilla, con un arma de fuego y hurtaron, fajos de billetes y bolsas de monedas de la Caja de esta entidad bancaria, al huir encerraron a los empleados y clientes amarrando la puerta con una guaya, por ello, el Ente Acusador, les endilgó los artículos 239, 240 y 241 del Código Penal, es decir hurto “colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones”. Agravado por haberlo hecho con “destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo, o por dos o más o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”.

Sin embargo, el preacuerdo que celebraron los señores YUBRAN ESNEIDER SOSA TORRES y OSCAR MAURICIO YEPES DEVIA, consistió en lo siguiente:

“...El delito endilgado HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, sancionado con pena de prisión de 12 a 28 años, los señores OSCAR MAURICIO YEPES DEVIA Y YUBRAN ESNEIDER SOSA TORRES, aceptan declararse culpables de tal punible, a cambio que se les elimine el calificante del art. 240 inciso 2, quedando la conducta en hurto agravado, conforme a los artículos 239 y 241 No. 10, así se preacuerda, de donde la pena oscila de 24 a 63 meses, acordándose una pena definitiva de veinticuatro (24) meses, quedando claro que en este caso no es de recibo el contenido del art. 349 del CPP, dado que según las evidencias allegadas, el dinero hurtado fue recuperado, además que la víctima a través de persona autorizada, según poder general dado por el Banco de Bogotá, fue indemnizada de manera integral”¹⁰.

Sin embargo, pese al preacuerdo celebrado, la Juzgadora a pesar que les impuso una pena de 24 meses de prisión, le negó los subrogados penales, bajo el presupuesto que el delito realmente cometido es hurto agravado calificado y éste se encuentra excluido para el otorgamiento de beneficios y subrogados penales, conforme lo indicado por el artículo 68 A del Código Penal.

Sin embargo, tal como la Sala lo indicó párrafos arriba, la tesis mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es que el delito sigue siendo uno solo: la conducta por la cual acepta su culpabilidad¹¹.

Y en una providencia del año 2017, la Alta Corporación señaló:

*“Si el preacuerdo aprobado consistió en que el procesado aceptaría los cargos por los cuales fue acusado por la Fiscalía, a cambio de que ésta degradara de autor a cómplice su intervención en el delito, **naturalmente las consecuencias han de reflejarse en la sentencia**, es decir, que (i) el procesado sea declarado responsable como cómplice y, (ii) que se le imponga la pena que corresponde a esa clase de partícipe (inciso 2º del artículo 30 del C.P).*

*Sin embargo, aunque a... se le reconoció la rebaja de la mitad de la pena, como corresponde para quien participa en la conducta punible como cómplice, fue declarado culpable como autor, **desconociéndose los términos del preacuerdo aprobado**.*

*Como se puede apreciar, en ninguno de los apartes del preacuerdo se convino que a pesar de que se degradaba la conducta de autor a cómplice al implicado, **en todo caso se le debía condenar como autor, según lo entendieron equivocadamente los juzgadores de instancia, solo que en la formulación de la imputación y en la acusación, se señaló que el procesado era autor**; no obstante, en razón de la negociación se pactó*

¹⁰ Folio 37 C.O. del Juzgado.

¹¹ Rad. 44.562 de 2016, 46.684 de 2016 y 48.128 de 2017.

*proferirle una sentencia en la calidad de cómplice, al tratarse de una de las posibilidades que contempla la ley (art. 350 de la Ley 906 de 2004)."*¹²

Debe destacarse que esta Sala de Decisión penal, con Ponencia del doctor JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ, este año, dispuso lo siguiente:

*"...Teniendo en cuenta lo anterior, es que esta Corporación, considera que si producto del preacuerdo de esta modalidad de degradación de la calificación jurídica, el procesado acepta la responsabilidad en la comisión de una conducta punible, las consecuencias jurídicas deben aplicarse sobre la que es objeto de esa aceptación y no teniendo en cuenta la conducta inicialmente imputada; por ello, se transgrede el debido proceso si se acepta el preacuerdo por la responsabilidad del delito de favorecimiento, pero se aplican las consecuencias jurídicas –prescripción- tomando como base para el cálculo del término la pena establecida para la conducta de receptación..."*¹³

En consecuencia, en virtud que el delito acordado no está excluido por el artículo 68 A del Código Penal, esta Colegiatura estudiará los subrogados en este caso, de la siguiente forma:

(...)

En este evento, los procesados YUBRAN ESNEIDER SOSA TORRES y OSCAR MAURICIO YEPES DEVIA, fueron condenados a una pena de veinticuatro (24) meses de prisión, es decir, la pena impuesta no supera los cuatro (4) años de prisión y en vista que no tienen antecedentes penales, como quedó acreditado en primera instancia, sumado a que la misma falladora lo estableció en la sentencia, esta Sala revocará parcialmente la sentencia apelada y les concederá a los enjuiciados el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un periodo de prueba de dos (2) años, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de una caución por valor de cien mil (\$100.000) pesos, cada uno.

La Sala deja claro entonces que no se trata de un doble beneficio, sino de las consecuencias jurídico penales que conlleva la aceptación de responsabilidad (en preacuerdo), por el delito de hurto agravado."

DECISIÓN: Revoca parcialmente la decisión apelada. Concede el subrogado penal solicitado.

¹² Decisión de 25 de enero de 2017, SP747-2017, Radicación n° 48293, SP, CJS.

¹³ Rad. 0800160010552011301477 01. Referencia Interna: 2019-00069. Procesado: Jair Alfredo Sarmiento González

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Radicación: 0800160010552011301477 01 /Número Interno: 2019-00069

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: APROBACIÓN DE PREACUERDO SOBRE UN DELITO PRESCRITO- Vulnera el ordenamiento jurídico y especialmente el principio de legalidad/ **JUSTICIA PREMIAL-** Negociaciones: Debe primar el debido proceso y respetar las garantías del procesado/ **TERMINACIÓN ABREVIADA DEL PROCESO PENAL-** La imputación jurídica que guía todas las consecuencias jurídicas es la que se acuerda y no la que inicialmente se tuvo en cuenta en la formulación de imputación.

FECHA: Junio 12 de 2019/ **AUDIENCIA DE LECTURA:** Agosto 15 de 2019

PROCESADO: Jair Alfredo Sarmiento Gonzalez

Aspecto fáctico:

En el presente caso, la Procuradora delegada ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Barranquilla presentó recurso de apelación en contra de la decisión de la titular de aprobar un preacuerdo solicitado por la Fiscalía, a pesar de que – en su sentir- se encontrarse prescrito el delito aceptado, pues la falladora consideró que esa figura es una ficción legal, por lo cual no era indicativo de que la conducta estuviera prescrita.

Extractos:

“El proceso penal, que hoy revisa la Sala, tuvo lugar luego de que la Fiscalía General de la Nación, por medio de su delegada ante un juez de control de garantías de esta urbe, imputara el cargo de *receptación* al señor Jair Alfredo Sarmiento Gonzalez, tras haber sido capturado por efectivos de la policía nacional con una motocicleta que había sido reportada como hurtada.

Con la intención de poner fin de forma abreviada a este proceso penal, la Fiscalía General de la Nación y el procesado representado judicialmente por su defensor técnico, acordaron como términos de un preacuerdo degradar el cargo inicial, ó sea, *receptación* por el de *favorecimiento*.

En el transcurso de la audiencia, se puso de presente por parte del Ministerio Público, que la conducta punible objeto del acuerdo entre el ente investigador y el procesado se encuentra prescrita, sin embargo, la Juez primera penal del Circuito consideró que, es una ficción legal lo que está estableciendo el legislador, por lo cual no es indicativo de que la conducta esté prescrita.

(...)

Pues bien, advierte el Tribunal que producto del preacuerdo suscrito entre las partes, deviene una problemática jurídica en razón del acontecimiento de la prescripción de la acción penal para la conducta punible objeto de aceptación de responsabilidad, como quiera que el delito de *favorecimiento* que surge a partir de la degradación del punible de receptación se encuentra actualmente prescrito. Por ello, el preacuerdo que fue aprobado contiene, en sentir de la impugnante, una negociación sobre una conducta punible frente a la cual ha acontecido el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, debiendo entonces improbarse para respetar las garantías del procesado.

Si bien la Juez de primera instancia revela que para el delito de *receptación* la acción penal no ha sido afectada con la prescripción, también lo es y nadie lo discutió que para el punible de *favorecimiento* teniendo en cuenta la fecha de los hechos y la de formulación de la imputación, ya se encuentra prescrita.

Por más que la degradación de la conducta punible signifique la existencia de una ficción legal producto del preacuerdo, para la Sala mayoritaria, la misma no habilita que pueda desconocerse los efectos de la prescripción que extingue la acción penal y, consecuentemente, el *ius puniendi* del Estado; sobre todo porque al consensuarse la terminación abreviada del proceso penal, la imputación jurídica que guía todas las consecuencias jurídicas es la que se acuerda y no la que inicialmente se tuvo en cuenta en la formulación de imputación que se hace a un lado al momento de la aceptación de la responsabilidad penal. Es por ello que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, viene considerando que independientemente de la conducta objeto de inicial imputación, las consecuencias jurídicas aplicadas, incluyendo la declaración de responsabilidad en la sentencia, debe tener en cuenta la conducta punible aceptada por el procesado, obsérvese:

*"Si el preacuerdo aprobado consistió en que el procesado aceptaría los cargos por los cuales fue acusado por la Fiscalía, a cambio de que ésta degradara de autor a cómplice su intervención en el delito, **naturalmente las consecuencias han de reflejarse en la sentencia**, es decir, que (i) el procesado sea declarado responsable como cómplice y, (ii) que se le imponga la pena que corresponde a esa clase de partícipe (inciso 2º del artículo 30 del C.P).*

*Sin embargo, aunque a... se le reconoció la rebaja de la mitad de la pena, como corresponde para quien participa en la conducta punible como cómplice, fue declarado culpable como autor, **desconociéndose los términos del preacuerdo aprobado**.*

Como se puede apreciar, en ninguno de los apartes del preacuerdo se convino que a pesar de que se degradaba la conducta de autor a

cómplice al implicado, en todo caso se le debía condenar como autor, según lo entendieron equivocadamente los juzgadores de instancia, solo que en la formulación de la imputación y en la acusación, se señaló que el procesado era autor; no obstante, en razón de la negociación se pactó proferirle una sentencia en la calidad de cómplice, al tratarse de una de las posibilidades que contempla la ley (art. 350 de la Ley 906 de 2004)."¹⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es que esta Corporación, considera que si producto del preacuerdo de esta modalidad de degradación de la calificación jurídica, el procesado acepta la responsabilidad en la comisión de una conducta punible, las consecuencias jurídicas deben aplicarse sobre la que es objeto de esa aceptación y no teniendo en cuenta la conducta inicialmente imputada; por ello, se transgrede el debido proceso si se acepta el preacuerdo por la responsabilidad del delito de *favorecimiento*, pero se aplican las consecuencias jurídicas – prescripción- tomando como base para el cálculo del término la pena establecida para la conducta de *receptación*."

DECISIÓN: Revoca decisión recurrida. Imprueba preacuerdo solicitado.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
RADICACIÓN No. 08001600000020180058203/ Núm. Interno: 2019-00361

TIPO DE PROVIDENCIA: Conflicto de competencia

TEMAS: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO- No debió remitir de manera directa el expediente en duda de competencia al que en consideró competente/**SISTEMA PENAL ACUSATORIO-** Dispone en el artículo 54 ley 906 de 2004 el trámite que debe seguirse por parte del juez ante quien se presenta la acusación y que advierta la falta de competencia/**FACTOR TERRITORIAL DE COMPETENCIA-** Fue desconocido por las autoridades judiciales que conocieron del proceso

FECHA: Agosto 6 de 2019

Causa fáctica:

En el presente asunto, se advierte que los Juzgados Único Penal del Circuito especializado de esta ciudad y el 3º Penal del Circuito con funciones de conocimiento consideran que son incompetentes para asumir las decisiones dentro del proceso que han remitido a esta superioridad para que desate el conflicto entre estas agencias judiciales.

¹⁴ Decisión de 25 de enero de 2017, SP747-2017, Radicación nº 48293, SP, CJS.

Extractos:

“Ocupándonos en el asunto sobre la competencia para seguir conociendo del proceso penal de la referencia, es necesario mencionar que, en razón de la presentación del escrito de acusación por parte del delegado de la Fiscalía General de la Nación, dicho conocimiento fue negado por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla al considerar que el delito del cual se acusaba al procesado (fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones artículo 365 del Código Penal) no era de su competencia, esto es, en virtud del artículo 35 de la Ley 906 de 2004.

Conviene precisar que los aspectos concernientes a la definición de competencia se encuentran regulados en el capítulo VI, del Título I de la Ley 906 de 2004, siendo fundamental mencionar que, es en la audiencia de formulación de acusación la oportunidad procesal que tienen las partes y el juez de oficio, para manifestar la incompetencia existente frente al conocimiento de un asunto penal en particular, esto de conformidad con los artículos 54, 55 y 339 de la citada norma, disposición esta última que en su primer inciso establece lo siguiente:

“Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.”

Dicha postura ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, en auto con Rad. 40.164 de 2012, manifestó lo siguiente:

“... En el marco de esta conceptualización, de cara al respeto por la coherencia y la integridad del derecho, intrínseco de la interpretación judicial, debe decirse que resulta más armónico con los postulados generales del sistema penal acusatorio y, en particular, con el principio de preclusión de los actos procesales, que concluida esa etapa señalada en la norma para la declaración judicial de incompetencia o su impugnación por alguno de los intervinientes – audiencia de formulación de acusación –, fenece la oportunidad para suscitar posteriormente debates en torno de dicho aspecto, salvo que subsista alguna de las excepciones previstas de manera expresa por el legislador, esto es, que la incompetencia devenga por el factor subjetivo o emerja propia de un funcionario de mayor jerarquía...” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Si bien la declaratoria de falta de competencia no se hace en audiencia, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, decide hacerlo mediante auto y previo a la audiencia de acusación, asimismo resulte acertada

su precisión, lo cierto es que no debió remitir de manera directa el expediente en duda de competencia al que en consideró competente, en tanto, desconoce la ritualidad procesal que reviste el Sistema Penal Acusatorio, el cual su artículo 54 ley 906 de 2004 dispone el trámite que debe seguirse por parte del juez ante quien se presenta la acusación y que advierta la falta de competencia cuando señala:

“Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa.”

En igual error incurre el Juzgado 3º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, quien si bien es atinente al señalar que en virtud del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para conocer del presente asunto radica en el Juez Penal del Circuito de Soledad, dado que los hechos tuvieron su ocurrencia en ese municipio, tal y como puede extraerse del escrito de acusación integrado al expediente, es de anotar, que es lamentable que se omita en dos ocasiones por la judicatura el conducto regular establecido por la ley que regula el Sistema Penal Acusatorio, al descuidar el procedimiento que debe asumir el juez que se advierte incompetente para conocer de un proceso penal, ya sea por el factor funcional o territorial, o ambos.

Una vez detallada concretamente la figura jurídica en comentario, conviene precisar que la competencia para conocer del proceso penal se establece a partir de los factores territorial, funcional y objetivo que ha consagrado el estatuto de procedimiento penal. El artículo 43 de la ley 906 de 2004, expone el primero de estos:

“Artículo 43. Competencia. Es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito.

Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, este se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.

Las partes podrán controvertir la competencia del juez únicamente en audiencia de formulación de acusación.

Para escoger el juez de control de garantías en estos casos se atenderá lo señalado anteriormente. Su escogencia no determinará la del juez de conocimiento.”

El tenor literal del precepto normativo precisa claramente el factor de competencia a la hora de definir la autoridad judicial habilitada legalmente para asumir el conocimiento de conductas relevantes para el derecho penal, correspondiendo en primera oportunidad, al ente juzgador ubicado en el lugar de comisión de los hechos denunciados, esto es, a la autoridad judicial en el municipio de Soledad o, en su defecto, la que corresponda al distrito judicial de Barranquilla si no hubiere en aquel.

Ahora bien, el contenido del segundo inciso normativo establece un criterio de solución aplicable solamente en casos de imposibilidad de determinar el lugar de ocurrencia de los hechos, evento dentro del cual, deberá ser asumida la competencia por la autoridad judicial donde sea radicado el escrito de acusación.

Ninguna dificultad entonces ofrece la temática del factor territorial, como tampoco el factor subjetivo referido a la existencia de calidades especiales de los imputados, que en este asunto no fueron puestas de manifiesto por la Fiscalía en el escrito de acusación ni son exigencias del tipo penal que es objeto de este proceso; en contraste es el factor objetivo de competencia al que debe acudir para establecer si lo manifestado por el juez es correcto en sentido de que no es la autoridad llamada a dirigir las actuaciones.

(...)

Dicho de esta manera, no existen discusiones ni inconformidades dirigidas a poner en tela de juicio el lugar de ocurrencia de los hechos atribuibles al imputado dentro del proceso penal objeto de estudio, siendo especificado en el escrito de acusación, el municipio de Soledad como lugar donde tendrían ocurrencia las conductas punibles investigadas consistentes fácticamente en la tenencia de un arma de fuego sin los permisos correspondientes.

De acuerdo a lo anterior, le asiste razón al Juzgado 3º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, como quiera que la conducta punible que son objeto de acusación del señor Joaquín Segundo Mercado Gómez tuvieron ocurrencia presuntamente en el municipio de Soledad, por lo cual la competencia tanto territorial como objetiva se encuentra radicada en las autoridades judiciales de este Distrito Judicial, específicamente, en el Juzgado Penal del Circuito de esa urbe, al que correspondió por reparto la actuación."

DECISIÓN: Declara que la competencia para conocer del proceso recae en el Juzgado 2º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Soledad.

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

