



BOLETÍN No. 64

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Septiembre – Octubre 2019

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

RADICACIÓN: 08001-31-53-004-2017-00111-01/ Número Interno: 42.045

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: NEGOCIOS FIDUCIARIOS: Estructuración contractual/**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL** – Debe ser grave, relevante, que alcance a destruir el objetivo negocial propuesto/ **CARGA DE LA PRUEBA-** Para que salva avante la pretensión resolutorio debe demostrarse un incumplimiento de tal entidad que impide a la parte cumplida continuar con el contrato celebrado

DEMANDANTE: Ingenieros Constructores y Asociados Inka S.A.S. – Otros

DEMANDADO: Almacenes Éxito S.A.

FECHA: Octubre 2 de 2019

Síntesis del caso:

En el presente proceso se discute la resolución del contrato denominado por las partes como “promesa de fiducia de parqueo y cesión de posición contractual”, en el que la parte inversionista considera que existe incumplimiento respecto de la estructuración del negocio fiduciario suscrito con su co-contrante y solicita se resuelva el contrato con indemnización de los perjuicios que estima causados.

Extractos:

“Pues bien, la historiografía contractual antedicha muestra que los contratantes, Almacenes Éxito S.A. y las sociedades Ingenieros Constructores y Asociados INCA S.A.S. y Solari Inversiones y Desarrollos Inmobiliarios S.A.S, celebraron un contrato de promesa de constitución de fiducia mercantil de administración y cesión de posición contractual, cuyo objeto no era otro que una de las partes –Éxito S.A.- se obligaba a transferir nueve inmuebles a una fiducia comercial de

administración para el desarrollo de un proyecto urbanístico. Bienes que ingresarían a un patrimonio autónomo que sería administrado por una entidad fiduciaria, en donde Éxito actuaría como fideicomitente tradente, luego cedería la totalidad de su posición contractual en el fideicomiso del que forman partes los inmuebles a favor de Inca. Y de otro lado, el otro contratante se obliga al pago del precio en la forma y el plazo convenidos.

De manera que la obligación principal asumida por la sociedad demandada era la transferencia de los referidos inmuebles a la sociedad fiduciaria, para su administración y precisas instrucciones dadas por ella misma. **Obligación cumplida con la suscripción de la escritura pública de fecha 2049 del 31 de diciembre de 2015 de la Notaría Sexta de Barranquilla en la que de manera efectiva se transfirieron los mentados inmuebles a título de fiducia mercantil a la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A., con los que se conformó el fideicomiso Lote Calle 77.** Con esa operación tanto Éxito S.A. como Solari Inversiones y Desarrollo Inmobiliario S.A.S. adquirieron un 50% de participación en los derechos, beneficios y las obligaciones del fideicomiso.

(...)

En nuestra legislación como se dijo no se exige el carácter grave del incumplimiento. Empero, la jurisprudencia exige que el mismo sea grave como requisito sine qua non de la resolución¹. Se ha dicho que “se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que el consintió, etc”².

En el presente asunto lo querido por las partes respondía a una operación económica compleja, la cual se condensó en el negocio jurídico contractual, que denominaron “*promesa de fiducia de parqueo y cesión de posición contractual*”. En el cómo se recontó se explicitaron los detalles de la negociación y las obligaciones adquiridas por cada contratante. Obligaciones por demás atadas a la esencialidad del negocio fiduciario celebrado, y que se concretó de la lectura realizada en la transferencia por parte de la Sociedad Éxito de nueve inmuebles a una sociedad fiduciaria para la realización de un proyecto inmobiliario.

Como contraprestación a dicha transferencia las Sociedades Ingenieros Constructores y Asociados INKA S.A.S. y Solari Inversiones y Desarrollos Inmobiliarios

¹ Véase al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01., C.S.J. Cas. Civ. 19/10/2009. M.P. William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-009-2001-00263-01., y C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. Tomo 176, número 2415., p. 237.

² C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. Tomo 176, número 2415. p. 237.

S.A.S. pagarían la suma de \$2.786.600.000 a la Sociedad Éxito S.A. Pagos que se harían por instalamentos hasta el final de la operación en la cual las Sociedades demandante quedarían con el 100% de los derechos fiduciarios.

Efectivamente, con la suscripción de la Escritura Pública No. **2049 del 31 de diciembre de 2015 de la Notaría Sexta de Barranquilla, la Sociedad Éxito transfirieron los referidos inmuebles a título de fiducia mercantil a la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A., con los que se conformó el fideicomiso Lote Calle 77.** Y en esa misma operación tanto Éxito S.A. como Solari Inversiones y Desarrollo Inmobiliario S.A.S. adquirieron un 50% de participación en los derechos, beneficios y las obligaciones del fideicomiso. Pendiendo solo el pago del 50% restante del precio acordado por los inmuebles a efectos de que la parte demandante quedara con el 100% de los derechos fiduciarios, al hacerse la debida cesión de posición contractual por parte de la Sociedad Éxito.

El plazo máximo para tal operación fue fijado el 09 de septiembre de 2016, fecha en el que la parte demandante como promitentes compradores acudieron a la Notaría Sexta de Barranquilla con el objeto de dejar sentada la voluntad de cumplir con el pago del saldo pendiente, además, de la existencia de un cheque con provisión garantizada a nombre de Éxito S.A, lo que también quedó consignado en el notario.

La operación según dicho de la parte demandante no se efectuó en atención al incumplimiento de la obligación de transferencia de los inmuebles libre de gravámenes a cargo de la parte demandada. En lo puntual por cuanto llegada la fecha para la cesión de posición contractual pervivía dos hipotecas y un gravamen de valorización sobre el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria número 040-50859.

Sin embargo, tal circunstancia aparentemente impeditiva no tiene la entidad de derruir la complejidad contractual elaborada por los sujetos negociales, hoy partes en contienda. Mírese claramente que en principio solo dos de los inmuebles implicados presentaban afectaciones, las cuales no eran desconocidas por ningún contratante, inclusive por las sociedades demandantes. Y solo uno de los inmuebles presentó al plazo máximo fijado para consumir la promesa de contrato afectaciones, las que motivaron la presentación del presente pleito.

Y finalmente en el decurso contractual solo uno de los nueve inmuebles transferidos terminó con afectaciones, que no atentan de manera seria y razonable la finalidad del negocio jurídico celebrado, ni los beneficios que para los contratantes representaba la consumación del mismo.

A tal conclusión se llega no solo con la prueba documental habida en la actuación sino con las declaraciones de quienes intervinieron de manera directa o indirecta en el complejo contractual elaborado por las partes.

En lo pertinente pueden apreciarse la declaración rendida por María Teresa Perfetti de Uribe, adujo que es experta en derecho inmobiliario; que ha hecho estudios de títulos para muchas empresas, inclusive para sociedades fiduciarias. Que realizó el estudio de títulos de los inmuebles de propiedad de Almacenes Éxito, y se percató de la existencia en uno de ellos, dos hipotecas de los años 1971 y 1977, y una condición resolutoria; y conceptuó al revisar detenidamente los certificados de tradición que los gravámenes que afectaban el inmueble no afectaban el negocio que pretendía celebrar Éxito; que el mismo acreedor era el beneficiario de las hipotecas; que eran cerradas, no hubo reforma; concluye que las hipotecas estaban sin saldo; que solo debía hacerse el trámite de cancelación ante Instrumentos Públicos, no así con la condición resolutoria que si es vía judicial; que llamó a la empresa Celanse acreedora de las hipotecas y le dijeron que no había saldo pendiente, luego precisa que llamó a la Superintendencia que le indicó que la empresa estaba liquidado y sin saldos pendientes; que rindió dos conceptos, el primero, destinado a Éxito en fecha 03 de septiembre. Y el segundo a solicitud de un ciudadano chileno que sugirió ampliar si había riegos, por lo que lo rindió en fecha 27 de noviembre de 2015, en la que consignó la prescripción de las obligaciones y que no existían riesgos. Para su estudio tomó como referencia el término de 10 años. Agrega que sus conceptos resultaron acertados, tal como muestra la resolución expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro.

A su turno, el declarante traído por la parte demandante, Roberto Chain Saiset, manifestó que conoce a Inca S.A.S., porque ha intentado suscribir negocios con la Acción Sociedad Fiduciaria S.A., de la que es Director Jurídico; que la conoce desde aproximadamente hace tres años; que conoce a Solari porque son clientes de la fiduciaria. Que el representante legal de Inca y Solari le contaron en un correo de 30 de septiembre de 2017, en el que anexa algunos documentos de la contratación. Explicita que en las fiducias deben garantizarse condiciones de seguridad para los terceros adquirentes; normas de fiducia son de obligaciones; es clave para la compra de bienes inmuebles que estén libre de gravámenes, que no tengan medidas; que con el estudio de título se advierte las posibles situaciones que afecten la transferencia de los inmuebles y que puedan afectar el posible proyecto inmobiliario, inclusive para su apalancamiento financiero; que la existencia de una afectación en los inmuebles no ilegal, ni hace ilegal el negocio, pero comporta un riesgo para la operación; y lo que se negocia son los derechos fiduciarios.

(...)

Por ello, en la Escritura Pública que constituyó la fiducia se dijo que los inmuebles estaban libre de gravámenes; que el proyecto era de interés común para todo, pues Éxito tenía un almacén en ese lugar. En las reuniones tenidas con las partes Solari, Inca, Éxito, inclusive de la Sociedad Fiduciaria se sabía de los gravámenes existentes, que los mismos no representaban riesgos, por eso dicha cláusula se plasmó en el documento público. El trámite de la cancelación de hipoteca tarda aproximadamente 10 a 15 días por parte de Instrumentos Públicos; se realizaron los trámites para la cancelación de las hipotecas y la condición resolutoria; que consultó a Bancolombia si la existencia de las anotaciones de hipoteca de los años de 1970 no era relevante, lo que manifestó a Sergio. Que el tema de las hipotecas era irrelevante, tanto así que solo se discutió en agosto, y se plasmó en la constitución de fiducia que estaba libres de gravámenes, hipotecas.

En el mismo sentido el declarante, Alejandro Escobar Casas.

Para la Sala, los gravámenes que pesaban sobre el inmueble número 040-50859 no tienen la virtualidad de socavar la promesa de contrato de compraventa, ya que las partes tenían en el conocimiento de la situación que presentaba el mismo. De hecho desde la invitación de la oferta hasta la firma de la promesa, incluso la suscripción del contrato de fiducia, puede advertirse que tal riesgo era nimio e incapaz de generar algún contratiempo en la operación económico – jurídica intentada por las partes. Además, que no puede desconocerse la calidad de los contratantes, profesionales en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, lo cual exigía un comportamiento acorde con ello.

La existencia de las referidas afectaciones en uno de los nueve inmuebles, objeto del contrato de promesa de fiducia y del posterior contrato de fiducia en nada impedía el desarrollo a feliz término de la operación querida por los contratantes, y en las que ambas tenían interés mancomunado en que se materializara. Amén el camino contractual recorrido por las partes muestra que cada situación anómala era corregida por las partes con la suscripción de otros sí, que buscaban la preservación de la operación contractual."

DECISIÓN: REVOCA decisión de primera instancia. Deniega pretensión resolutoria.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RADICACIÓN: 08001-31-53-005-2017-00283-01/ Número Interno: 42.272

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL- Se producen al interior de la cadena productiva dentro de un mercado determinado/ **DESORGANIZACIÓN E INDUCCIÓN A LA RUPTURA CONTRACTUAL -** No fueron demostrados por el actor/ **LIBRE COMPETENCIA**

ECONÓMICA- Viene dada en este escenario por las ofertas presentadas al consumidor y la ausencia de un pacto de exclusividad como imperativo contractual con el mismo.

DEMANDANTE: Enginex Inc.

DEMANDADO: Equipos y controles industriales S.A.

FECHA: Octubre 28 de 2019

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la parte actora pretende que se declare que la conducta cometida por la sociedad demandada sea calificada judicialmente como constitutiva de actos de competencia desleal en contra suya, y en consecuencia, se condene al pago de una indemnización por los perjuicios materiales y extrapatrimoniales causados por las éstas.

Extractos:

“El mercado es el escenario donde los comportamientos económicos tienen relevancia, puede involucrar empresas situadas en diferentes escalas de la cadena productiva, agentes no competidores directos, y mercados virtuales.

Sobre el particular la Superintendencia de Industria y Comercio, ha indicado que:

“En la disciplina de la competencia desleal resalta que el concepto de mercado ínsito en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal “debe interpretarse además de en sentido lato, de forma que el acto o la conducta desleal no sólo deba producirse en el mercado strictu sensu sino que bastaría con que sus consecuencias afecten de algún modo el ámbito del mercado”. El mercado no puede ser considerado simplemente como el espacio físico en el cual se realizan transacciones, sino, más bien, como el espacio jurídico en el cual cada empresario que busca atraer clientela para sus productos o servicios realiza las ofertas que conducen a la celebración de negocios jurídicos, acudiendo a diversos instrumentos para tal efecto. Así, cuando un acto es adecuado para evitar la adhesión de consumidores a favor del otro competidor, se trata de una conducta realizada en el mercado, pues opera “para obstaculizar los desarrollos que en el mismo deben o pueden tener otros concurrentes³”.

Y la finalidad concurrencial no es otra cosa que se dirija a una finalidad comercial como el mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero, más allá de una finalidad puramente personal.

Desde la presentación de la demanda la parte demandante aduce que es una empresa dedicada a la prestación de servicios a la industria petrolera, entre estos, suministrar, vender, arrendar y mantener equipos y herramientas utilizados

³ Tomado de De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Universidad Externado de Colombia, 2014

en la industria petrolera. Asimismo, la parte demandada, Equipos y Controles Industriales S.A., tiene como objeto social principal “prestar servicios a la industria petrolera incluyendo los siguientes, sin limitarse a ellos: a) suministrar, vender, arrendar y mantener equipos, repuestos y herramientas utilizados en la industria petrolera para automatización de procesos”.

Así surge que las partes en contienda se encuentran en el mercado de la prestación de bienes y servicios a la industria petrolera, y realizan dichos actos de comercio, los que devienen válidos para mantener o incrementar su participación en dicho escenario comercial –fin concurrencial-, con lo cual el ámbito objetivo está superado. De igual modo, los ámbitos subjetivos y territoriales al ser las partes partícipes del mercado y encontrarse en la relación de competencia, así como, desarrollar su actividad en el territorio nacional.

Por tanto, contrario a lo sostenido por el operador de primera instancia, se tienen superados los ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996, empero, los actos tildados contrarios a la libre competencia que se alegan cometidos no están debidamente acreditados, tal como pasará a explicitarse.

Con las pruebas obrantes en la actuación solo se acredita efectivamente que tanto la parte demandante como demandada tenían un contrato de representación de ventas con la Sociedad Floweserve US Inc., a través del cual ésta concedía el “derecho no exclusivo de solicitar órdenes” para productos por ella fabricados, y determinados en una lista adjunta anexa a cada contrato (fl. 34 – 42, 200). Los referidos contratos establecen las condiciones de precios nacionales, las comisiones de venta, las órdenes y cobros, estándares de cumplimiento, vigencia del contrato, entre otras disposiciones negociales.

En tal sentido no se advierte una disposición contractual que otorgue a la Sociedad Enginex Inc. el derecho exclusivo de suministrar a la empresa Promigas los productos de la marca Nordstrom, esto es, dicha prerrogativa contractual específica no fue otorgada por la Sociedad Floweserve US Inc. a ninguna de las partes de este proceso.

De modo que una primera conclusión es que la demandante y la demandada tenían la posibilidad de participar en la oferta comercial hecha por Promigas para la adquisición de las válvulas y selladores de la marca Nordstrom, como en efecto lo hicieron, al ser representantes de ventas o distribuidores autorizados para ello por el fabricante Flowserve Inc. Ofertas que se entienden conforme las buenas y sanas prácticas mercantiles.

Obsérvese del dictamen pericial se extrae que las partes tienen relaciones comerciales –proveedores- con la Sociedad Promigas desde el año 2004; que la demandada presentó oferta comercial a Promigas S.A. sobre los productos

relacionados con la válvula y selladores elaborados por Flowserve en fecha 28 de julio de 2014; que Promigas pagó a la demandada por la adquisición de válvulas y selladores unos facturas en el mes de febrero de 2016; que no se puede constatar que Equipos y Controles Industriales se entrometió en las relaciones comerciales habidas entre la demandante y Promigas; que al adquirir los productos por parte de la demandada Promigas recibiría algún beneficio técnico o de cualquier índole que no podía recibir por conducto de Enginex Inc, MCG Ltda., y/o Luis Carlos del Rio Jiménez (fl. 238 – 248).

Téngase en cuenta, entonces, que la competencia desleal según la doctrina especializada vigila los medios empleados para competir y los descalifica sólo cuando los mecanismos empleados son desleales, pues cuando son leales, así se desvíe la clientela, se afecta la posibilidad de ganancia de un competidor, o se cause un perjuicio a este como consecuencia de la disminución de sus ingresos o su desaparición del mercado, dichos efectos serán legítimos, pues no habrá mediado ningún acto que pueda ser calificado como desleal en su causación. Esta acotación resulta afinada pues no se advierte que la parte demandada empleó mecanismos distorsionados o que contraríen con la ética y buena fe comercial para suministrar los productos de la marca Nordstrom a la empresa Promigas en la citada licitación.

Por esta razón, los actos desleales de desorganización e inducción a la ruptura contractual no están plenamente demostrados. Se establece como segunda conclusión probable que la conducta desplegada por la demandada para proporcionar las referidas válvulas y selladores a la empresa Promigas obedeció a la lucha competitiva fundada en los méritos propios y las condiciones del mercado, además, el ofrecimiento al cliente de una oferta atractiva, no significa que se irrumpa la relación comercial que tiene la demandante con Promigas, para lograr su ruptura, o hubiera empleado elementos de engaño u otros análogos para lograr dicho cometido."

DECISIÓN: Confirmar la providencia venida en alzada.

M.S: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
RADICACIÓN No. 08-001-31-53-007-2018-00246-02 /Núm. Interno: 42319

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL BANCARIA-** Violación al deber de custodia de los recursos de los ahorradores/ **CONVENIO DE ENTIDAD FINANCIERA CON ENTIDAD PENSIONAL-** Alcance/ Deberes/ **CONTRATO DE CUENTA DE AHORROS-**Oponibilidad al cuentahabiente es plena e irrefutable

FECHA: Octubre 16 de 2019

DEMANDANTE: Manuel Benjamín Angarita Navas, Elvinia Jiménez de Angarita y Danny Angarita Jiménez

DEMANDADO: Banco AV VILLAS S.A.

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la pretensión indemnizatoria del titular de una cuenta de ahorros que considera la entidad financiera no honró el vínculo contractual, pues como obligada a la custodia de sus dineros, considera no debió dar aplicación a una disposición de la entidad Colpensiones, consignante de los recursos producto de su pensión de vejez.

Extractos:

“Lo primero que resalta la Sala respecto de esta confrontación de negocios jurídicos realizada por el apelante, es que el contrato de cuenta de ahorro No. 812832082, que se rotula incumplido y que, conforme el apoderado del demandante, goza de igual prelación que el convenio aplicado, no fue arrimado al expediente, ni de manera directa ni mediante solicitud elevada al A quo para su obtención, de tal suerte que se imposibilite a la Sala el estudio individual del instrumento a efectos de predicar su incumplimiento.

De esta manera, el único presupuesto que explica el referido negocio no milita en el expediente ni se haya extrañado por las partes, resulta el consignado por la parte demandada en el escrito de contestación, que informa que la cuenta de ahorros villadiario terminada en los números 2082, fue aperturada en virtud del convenio celebrado con Colpensiones a nombre del señor Manuel Benjamín Angarita Navas el 3 de febrero de 2014, para el pago de sus mesadas pensionales, de suerte que se configure en una cuenta de ahorros especial regida por el convenio-acuerdo de servicios.

Desde esta perspectiva, no desvirtuada por la parte actora, puede concluirse entonces que no se está hablando de negocios jurídicos independientes que puedan ser confrontados para determinar superposiciones, sino de dos acuerdos de voluntades que se rigen por la misma normatividad, en tanto, el señor Manuel Benjamín Angarita Navas, otorgó su consentimiento para la apertura de una cuenta de ahorros, regida por el convenio que previamente habían celebrado la entidad administradora de pensiones y el ente del sector financiero.

Ello quiere decir que la oponibilidad del convenio, al cuenta habiente, es plena e irrefutable, y encuentra su fundamento legal en el pluricitado en primera instancia artículo Segundo de la Ley 700 de 2001, que ata la consignación de las

mesadas pensionales, en cuenta de ahorro o corriente, a la realización previa de un convenio con la respectiva entidad financiera.

En este orden de ideas, ante la imposibilidad de poder confrontar los negocios, como quiera que el contrato marco para apertura de cuentas de ahorro cedió ante las particularidades del convenio, es este ultimo el que debe ser analizado a efectos de determinar incumplimiento.

Ahora, antes de adentrarse en las particularidades del convenio que fue aplicado, es necesario hacer unas precisiones sobre la interpretación que de la citada normativa, ha realizado el representante judicial de la actora en desarrollo del recurso de apelación.

La primera, es que la responsabilidad a que hace alusión la Ley 700 de 2001 sobre reconocimiento y pago de mesadas pensionales, tiene como sujetos al funcionario público o privado que haga parte del Sistema nacional de pensiones, y que las sanciones que puedan imponerse al banco en caso de entrega tardía o fallida de este dinero, son de competencia privative de la Superintendencia financiera, conforme se lee del artículo 5to.

La segunda precision ha lugar, es que el ultimo inciso del artículo segundo de la Ley 700 de 2001, que habla del débito de las cuentas únicamente mediante presentación personal o autorización especial, y que fue invocado por el apoderado de la parte demandante para imputer culpa al banco, se refiere al cobro de la mesada. Es decir, a la persona ajena a la institución financier, llámese pensionado o apoderado, que extraiga el dinero de la cuenta de ahorros o corriente. Ello se constituye al mismo tiempo, en una protección al beneficiario y al rubro especial, a fin que no sean reclamados por quien no tienen derecho al mismo.

A propósito de este tema, explicó la Superintendencia Financiera en Concepto 2006019718-001 del 17 de mayo de 2006:

“Del marco normative transcrito en precedencia encontramos que en la Ley 700, modificada por la Ley 952, se señala el deber de todos los operadores del Sistema General de Pensiones de cancelar las mesadas pensionales a sus afiliados, a través de la consignación de cuentas individuales en la entidad financier que el beneficiario elija⁴, que tenga sucursal o agencia en la localidad donde se efectúa regularmente el pago y en la cual tenga su cuenta corriente o de ahorros, si este así lo decide, y con la exigencia de que dichas cuentas solo podrán debitarse por su titular mediante presentación personal o autorización especial, sin que sean procedentes autorizaciones

de carácter general o que la administración de la cuenta se confíe a un apoderado o representante.

2. Para el pago de las mesadas pensionales, en los términos del Decret 2751 de 2002, las mismas se podrán realizar al apoderado especial del beneficiario en cuyo caso se requerirá **prueba de la supervivencia de éste para cada uno de los pagos respectivos**. Así mismo, como mecanismo de control para los eventos en que el retiro se realice utilizando el mecanismo de tarjetas débito de uso personal, la institución financier exigirá la presentación personal del pensionado en la respectiva oficina **o la prueba de la supervivencia del beneficiario, una vez cada tres meses**, según lo exige el inciso final del artículo 3o del decreto en mención que está en consonancia con lo dicho por el inciso final del artículo 4o de la misma norma)."

Corolario así, que la norma citada por el apelante, no encuadra en el presupuesto de hecho del cual deriva la culpa de la demandada.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala al análisis del "Acuerdo de Nivel de Servicios con Entidades Pagadoras", precisando que su numeral 5to, que como viene dicho le es oponible al demandante, prevé el reintegro a la tesorería de Colpensiones, de dineros ya dispersados a las cuentas de los pensionados, y aún no cobrados, de suerte que pueda predicarse que la extracción a la cuenta del demandante que se rotuló culposa, tenía sustento legal a voces del artículo 1602 del Código Civil.

Así mismo, es de resaltarse la calidad de simple intermediario del banco conforme el numeral 7.2 del citado convenio, en la medida en que este se exonera de responsabilidad frente a la administradora de pensiones, si esta última entrega la comunicación de no pago de manera posterior al giro, pues puede ocurrir que en efecto, el beneficiario o apoderado realicen el cobro de manera previa a la comunicación.

En otras palabras, si la orden de no pago se envía de manera posterior al giro, y el beneficiario ya ha cobrado su mesada, el banco se exonera de responsabilidad, trasladándose al fondo de pensiones la obligación del recobro, pero mientras ello no suceda, la entidad financier está obligada al reintegro del dinero a la administradora de pensiones.

Se resalta además, que para poder realizar estas actuaciones, se impone en los numerales 8.3, 8.5 y 8.8., que las cuentas deben abrirse exclusivamente a nombre del beneficiario de la pension, y destinarse únicamente al pago de la mesada, a efectos de no confundir con dineros de origen privado u otros ingresos del beneficiario.

Lo anterior lleva entonces a idéntica conclusion del A quo, cual es, de un lado, el especialísimo tratamiento de la cuenta de ahorros abierta por el señor Manuel

Benjamín Angarita Navas, en razón al íntimo vínculo con dineros del regimen de prima media regulado por norma especial, y de otro, la inexistencia de la culpa del Banco AV Villas, en la medida en que esta última, se limitó a cumplir de manera exegética las cláusulas contenidas en el acuerdo derivado de las normas colombianas del Sistema de seguridad social en pensiones.”

DECISIÓN: Confirmar la sentencia recurrida.

SALA LABORAL

M.S: Dr. CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

Radicaciones internas: 65.812 – A, 64.505 – A, 65.970 – A, 65.394 – A, 65.067 – A, 64.758 – A y 64.521 – A

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: INEFICACIA DE TRASLADO PENSIONAL- De RPMS a RAIS/ **VIOLACIÓN AL DEBER DE BUEN CONSEJO Y DOBLE ASESORÍA-** Imputables a los fondos privados de pensiones/**CARGA DE LA PRUEBA-** Incumbe a las AFP privadas demostrar que al momento de la afiliación cumplieron con los deberes de información a los asegurados

FECHA: Septiembre 4 De 2019

DEMANDANTE: Beatriz Cecilia De Vivero Perez, Alberto Mario Martinez Mastrodomenico, Beatriz Cecilia Solano Medina, Beatriz Helena Monsalve Perdomo

DEMANDADO: AFP PENSIONES PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS y COLPENSIONES

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, se estudia la solicitud de declaratoria de nulidad de los traslados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuados por los demandantes, y como consecuencia el traslado de los dineros que se encuentran en sus cuentas individuales que tienen en las entidades administradoras del RAIS., a Colpensiones.

Extractos:

“En ese orden de ideas, el hecho de que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o si está próximo o no a pensionarse, esto es que le faltaren

menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para cumplir el requisito pensional, nada obsta para que se estudie sí el fondo de pensiones incumplió con sus deberes de información, asesoría y consejo.

Al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria; en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez ante la existencia del traslado, dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión en tal sentido.

Desde luego, la afiliación libre y voluntaria implica que se conozca la incidencia de la misma en los derechos prestacionales, la entrega de la información completa y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que le fuera más beneficiosa, pues lo contrario acarrea la ineficacia del tránsito, según lo adoctrinó la CSJ en sentencia SL12136-2014.

En ese mismo sentido, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, en el numeral 1.º del artículo 97, estableció la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Lo anterior implica, la obligación de las AFP de dar a conocer a los usuarios las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; esto conlleva una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Posteriormente, las diversas normativas fueron ampliando los deberes de las AFP sobre el particular, así el deber de información, asesoría y buen consejo, desarrollado en el artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y la ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n. 016 de 2016, contemplando además la doble asesoría, que lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, corresponde a la Sala constatar si los demandantes fueron debidamente informados sobre las consecuencias del traslado del régimen y como quiera que las partes activas indicaron en los libelos introductorios que en ninguna de las oportunidades de suscripciones de las afiliaciones les brindaron información sobre las ventajas o desventajas del mismo o permanencia en el

régimen de ahorro individual con solidaridad, manifestando todos ellos que los traslados efectuados, son el resultado de un engaño por parte de los asesores de las entidades que administran el RAIS, pues bajo promesas fraudulentas y con ofrecimientos de falsos beneficios, engaño que consistió en la mayoría de los casos que podían pensionarse a la edad y monto que quisieran, sin explicarles que el monto de esa mesada dependía del total del capital acumulado en su cuenta pensional, en síntesis al momento de vincularlos, no les dieron a conocer las implicaciones y consecuencias reales de ese traslado frente a las condiciones que exterioriza el RPM, lo que implica el traslado de la carga de la prueba a las entidades encargadas de la administración el Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, para demostrar así el cumplimiento de los deberes de información completa, veraz y oportuna al fondo de pensiones, siendo de recibo los argumentos de los Juzgadores de primera instancia en lo que atañe a que no se probó el engaño por parte de las demandadas, pues debía verificarse si se acreditó por parte de la parte pasiva el deber de información, (...).

Teniendo en cuenta lo anterior y las pruebas aportadas por las demandadas en sus contestaciones de demanda, mencionadas con anterioridad, se torna en ese sentido ineficaz el traslado realizado, dado el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., y COLFONDOS S.A., de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

En armonía con lo expresado, el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no produce efectos, lo que apareja como consecuencia el regreso de los demandantes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES, resultando desacertados los reparos endilgados a las sentencias por los recurrentes.

De otra arista, no está de más indicar que el hecho de que los demandantes se haya trasladado entre administradoras dentro del RAIS, no otorga validez el cambio de régimen que se ha hecho sin el debido consentimiento informado, así lo señaló el máximo Tribunal de Casación en la especialidad laboral, en sentencia del 9 de septiembre de 2008, rad. 31.989.

Por lo anteriormente expuesto, las administradoras del RAIS demandadas tienen el deber 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 e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

(...)

Por otro lado, en atención al grado jurisdiccional de consulta establecido en el artículo 69 del C.P.T.S.S., considera la Sala que al realizar el examen del acto del

cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas - la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

(...)

Como la nulidad fue conducta indebida de las administradoras éstas deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, en síntesis la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos por parte de la demandada."

DECISIÓN: Confirmar las decisiones apeladas y consultadas respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por los demandantes. Adicionar en su numeral primero en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCION S.A, la devolución de los dineros en lo que respecta a las cuotas de administración debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Radicación: 08-001-31-05-005-2015-00238-01/ Número interno: 65.767-E

TIPO DE PROVIDENCIA: Grado jurisdiccional de consulta

TEMAS: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Obtenida bajo la vigencia de la Ley 33 de 1.985 / **FACTORES SALARIALES-** Los incluidos en la pensión reconocida son aquellos devengados al momento del retiro del actor

FECHA: Septiembre 24 de 2019

DEMANDANTE: Hugo Patiño Arevalo

DEMANDADO: Colpensiones e integrados como litis consortes Corelca S.A. E.S.P, Gecelca S.A. E.S.P, Transelca S.A. E.S. P., y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- Ugpp

Síntesis del caso:

En el presente asunto, el actor solicita se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de jubilación, a pagar las diferencias pensionales que se produzcan de la misma; retroactivos; intereses moratorios; se falle extra y ultra petita; costas y agencias en derecho, por considerar que en la liquidación de la pensión no se tuvieron en cuenta los salarios realmente devengados, ya que no se no se incluyeron todos los factores salariales que devengaba.

Extractos:

“Debe partirse por indicar que en este caso se encuentra demostrado que el demandante nació el 12 de febrero de 1946⁵; que laboró al servicio de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A E.S.P. “**CORELCA**”, desde el **18 de abril de 1977⁶ al 30 de agosto de 1998⁷**, como servidor público, tiempo equivalente a 23 años, 8 meses y 12 días y, que en virtud del acuerdo de sustitución patronal suscrito entre Corelca y Transelca S.A. E.S.P., continuó laborando para esta última, desde el **1° de Septiembre de 1998 hasta el 20 de abril de 2000⁸**, empresa que le reconoció una pensión de jubilación anticipada a partir del 21 de abril del 2.000⁹.

Además, que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció su pensión de jubilación mediante Resolución No.000222 del 19 de Enero de 2009¹⁰, con base en 1.220 semanas (23 años, 8 meses y 26 días) y una tasa de reemplazo del 75% con fundamento en art. 1° de la Ley 33 de 1985, por reconocerle su condición de beneficiario del régimen de transición, reconociendo la prestación a favor del actor a partir del 10 de julio de 2003¹¹.

Ahora bien, como el ingreso base de liquidación que tomó en consideración la entidad demandada es el que ofrece discusión en esta instancia, resulta preciso reseñar las normas que regulan este tópico para una mayor comprensión de la decisión que adoptara la Sala frente a la consulta del fallo de primer grado.

Los supuestos fácticos antes indicados ponen de presente que para el 1° de Abril de 1.994, fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (Art.151 ibídem), el demandante era un trabajador oficial con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios, reuniendo por ende los presupuestos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para

⁵ Ver certificado de registro civil de nacimiento que obra a folio 13.

⁶ Ver folio 16, 243.

⁷ Ver folios 18, 19 y 20.

⁸ Acta de conciliación de fecha 18 de abril de 2000. Ver fl. 124 a 133; 233 a 242.

⁹ Acta de Conciliación celebrada el 18 de abril de 2000, artículo Séptimo. Ver fl. 126

¹⁰ Ver folio 6 a 9; 40

¹¹ En virtud de la prescripción aplicada por el ISS, contenido de la Resolución No. 000222 del 19 de Enero de 2009 ver folio 8

quedar cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, (...).

De la anterior normatividad aplicable al caso sub-examine, refulge con nitidez que el actor adquirió el derecho pensional bajo la vigencia de la Ley 100 de 1.993, en razón de que cumplió los 55 años de edad el 12 de febrero de 2001, tal como se infiere de la fecha de su nacimiento¹², pero como se encontraba cobijado por el régimen de transición contemplado en la referida ley, solo los requisitos de edad para acceder a la pensión correspondiente, el tiempo de servicio y el monto de la pensión corresponden a la establecida en el Régimen anterior, que para el caso bajo examen lo es la Ley 33 de 1.985 <esto es, 55 años de edad si es hombre, 20 años de servicios continuos o discontinuos y el monto porcentual de la pensión en un del 75%>, mas no la forma en que se liquida el ingreso base de liquidación, puesto que la base salarial para tasar la mesada pensional en el régimen de transición, es la señalada por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 antes transcrito.

Como en el caso sub-examine se encuentra demostrado que el demandante le fue emitido un Bono Pensional tipo B, por el tiempo de servicios como funcionario del sector público del orden Nacional, dado que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993, fue afiliado por Corelca y continuó cotizando para su pensión, la que en efecto le fue reconocida teniendo en cuenta todo el tiempo laborado al servicio público <Corelca, desde el 18 de abril de 1977 hasta el 30 de agosto de 1.998>, fuerza concluir que para tal efecto, se le debía tomar en cuenta el promedio del salario mensual que haya devengado el trabajador y sobre los cuales cotizó, desde el 1 de Abril de 1994 hasta la fecha en que adquirió el derecho pensional.

(...)

Sin embargo, la controversia a dilucidar en esta instancia se restringe al tema de la reliquidación de la pensión del demandante por la falta de inclusión de los demás emolumentos devengados por el actor hasta la fecha de su retiro, que no tuvo en cuenta la entidad demandada al momento de liquidar la pensión, como lo plantea el demandante en su demanda.

Encuentra la Sala que dichos cuestionamientos carecen totalmente de asidero en el caso que nos ocupa la atención, debido a que cuando comenzó la vigencia de la Ley 100 de 1.993 en pensión (1° de abril de 1.994), el actor continuó cotizando al Sistema conforme consta en el certificado expedido por la Gerente de Recursos Humanos de Gecelca S.A. E.S.P, Certificaciones para Pensión y Bonos

¹² Al haber nacido el 12 de febrero de 1946, según consta en certificado de registro civil de nacimiento que obra a folio 13. Tal como se señala en la Resolución 000222 del 19 de <Enero de 2009 (fl. 6-9)

Pensionales¹³, y se expidieron las siguientes normas que le resultan aplicables, ya que regularon lo concerniente al ingreso base de cotización en el Sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993.

El artículo 21 del D.R. 692 de 1.994 donde se estableció que “ *A partir del 1° de abril de 1.994 la tasa de cotización para el sistema general de pensiones, tanto para el régimen de ahorro individual con solidaridad, será del 11.5%, calculado sobre el ingreso base de cotización*” y, por expreso mandato del inciso 3° del art.18 de la Ley 100 de 1.993: “*el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4° de 1.992*”.

Acorde a lo anterior, el Decreto No. 691 de marzo 29 de 1.994, por el cual se incorporó a los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, en su art.6 se dispuso:

“ART. 6° - Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que por el presente decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores:

- a) la asignación básica mensual;*
- b) los gastos de representación;*
- c) la prima técnica, cuando esta sea factor de salario;*
- d) la remuneración por trabajo dominical o festivo*
- e) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y*
- f) la bonificación por servicios.*

Este artículo posteriormente fue modificado por el Decreto 1158 de junio 3 de 1.994, en los siguientes términos:

“ART. 1° - el artículo 6° del Decreto No.691 de marzo 29 de 1.994 quedará así:- Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) la asignación básica mensual;*
- b) los gastos de representación;*
- c) la prima antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sea factor de salario;*
- d) la remuneración por trabajo dominical o festivo*
- e) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y*
- f) la bonificación por servicios.*

Con base en lo anterior, emerge que en el presente caso no le asistía el derecho al actor de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación en los precisos términos reclamados, en atención a que la entidad demandada colacionó para tal efecto los factores salariales que devengó el trabajador y sobre los cuales

¹³ Ver folios 18 a 20

cotizó entre la vigencia de la Ley 100 y el momento en que el actor se retiró del servicio, aplicando el monto porcentual del 75% que es el indicado en la Ley 33 de 1985, como la indexación con base en el índice de precios al consumidor, ajustándose a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el art. 1 del Decreto 1158 de Junio 3 de Junio de 1.994.”

DECISIÓN: Confirmar la sentencia consultada.

M.S: Dra. NORA EDITH MENDEZ ALVAREZ

Radicación: 08001 3105 007 2016 00418/ Número interno: 63998 -A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Caso en que opera para cónyuges con sociedad conyugal liquidada y separación de hecho/ **COMPATIBILIDAD PENSIONAL**- Entre cónyuge y compañera permanente conforme la expectativa de vida y convivencia que hubiesen tenido con el asegurado fallecido/**VÍNCULO MATRIMONIAL**- Subsiste para el cumplimiento de todas las obligaciones y deberes legales tales como el de socorro y ayuda mutua, aún si no conviven bajo el mismo techo/ **ESTIPULACIONES DEL TRABAJADOR FALLECIDO**- No pueden desconocer las disposiciones legales derivadas del contrato de matrimonio

FECHA: Septiembre 27 de 2019

DEMANDANTE: Esther Alicia Navarro De Varela

DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

Caso fáctico:

En el presente asunto, se debate si en el desarrollo de la relación marital sostenida por la demandante hubo una ruptura de la misma por causa de un divorcio con el pensionado fallacido, o si, no obstante haberse realizado disolución y liquidación de la sociedad conyugal, podría acceder a la sustitución pensional.

Extractos:

“Así las cosas, para esta Sala resulta claro que dentro del proceso de referencia hubo una separación de hecho, pues es clara la existencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre la señora ESTHER ALICIA NAVARRO DE VARELA y el señor MIGUEL JOSE VARELA ARIAS, la cual fue decretada por vía judicial, dejándose expresa nota marginal dentro del registro civil de matrimonio obrante a folio 59. De este modo, con la liquidación de la sociedad conyugal, cesaron los efectos patrimoniales, más no el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues el vínculo matrimonial aún subsistía, pues no se decretó cesación de los efectos civiles del matrimonio católico; estableciendo

con esto que bajo el estricto sentido de la norma los beneficiarios del derecho de sustituir en pensión son el cónyuge y el o la compañero permanente. En el caso de que haya una separación entre los cónyuges como antes quedó debidamente explicado, esta **separación debería ser solo una separación de hecho**, como es el caso materia de estudio

En este sentido es claro que el señor MIGUEL JOSE VARELA ARIAS y la señora ESTHER ALICIA NAVARRO DE VARELA, tenían un vínculo civil que acredita a la demandante como cónyuge supérstite pues estuvieron separados pero de hecho.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia en sentencia SL-1399 – 2018 Radicación No. 45779 con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO expuso: *“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho. En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos: El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la “unión conyugal” y la restante con la de la “sociedad conyugal vigente”.*

Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel. Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que *“los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”*, y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.
(...)

Considera esta Sala que el material probatorio allegado al proceso y las testimoniales de las señoras INGRID CABARCAS HERNANDEZ, MARIA CONTRERAS QUIROGA y MARLENYS QUIROGA DE CONTRERAS fueron suficiente para demostrar que el causante señor MIGUEL JOSE VARELA ARIAS y la señora ESTHER

ALICIA NAVARRO DE VARELA, vivieron en el barrio Boston hasta el año 1994, y se mudaron debido a que el causante los abandonó, por lo cual tuvieron que vender la casa y comprar otra para la demandante y sus hijos en el barrio San Roque, coincidieron en que más nunca los esposos se reunieron.

Así, entonces, al haberse demostrado la condición exigida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 para que la demandante acceda a la pensión que mediante ésta vía reclama, fuerza reconocerle su pretensión; sin embargo y teniendo en cuenta que a la señora MAGDALENA DEL CARMEN ESPITIA GUZMAN, se le reconoció la sustitución pensional por parte de ECOPETROL S.A., en atención a que previo el lleno de los requisitos legales y el haber sido designada por el causante como beneficiaria para otorgarle el derecho y de acuerdo a la manifestación de este de convivir con la misma desde 1976 (folios 227, 301 a 304 expediente administrativo); que en la actualidad la entidad demandada concedió el derecho pensional en cuantía del 50% a la antes mencionada y el otro 50% a la hija invalida NANCY VARELA NAVARRO.

Ahora, se hace necesario por parte de la Sala establecer el monto que le correspondería a la cónyuge y a la compañera permanente; es claro que la demandante demostró que contrajo nupcias con el causante el 9 de noviembre de 1947 (folio 59) y vivió con el mismo hasta el año de 1994, de acuerdo a las testimoniales recepcionadas que coincidieron en este hecho, por lo que la actora alcanzó un tiempo de convivencia de 47 años con el causante; por su parte la señora MAGDALENA DEL CARMEN ESPTIA GUZMAN, quien no compareció al proceso y representada judicialmente por curador ad-litem, de acuerdo a las pruebas arrojadas expediente administrativo se pudo establecer y de acuerdo a la manifestación expresa del difunto, iniciaron una convivencia desde el 12 de junio de 1976 hasta la muerte de este, por lo que alcanzó una convivencia real de 37 años.

Entonces, es claro para la Sala que 84 años es el tiempo total de convivencia del causante con el cónyuge y compañera, que corresponde a un 100%.

1.- Esther Alicia Navarro De Varela

$$\begin{array}{r} 84 \text{ años} = 100\% \\ 47 \text{ años (1947 a 1994)} = X \\ X = \mathbf{55,95 \%} \end{array}$$

2.- Magdalena Del Carmen Espitia Guzmán.

$$\begin{array}{r} 84 \text{ años} = 100\% \\ 37 \text{ años (1976 al 2013)} = X \\ X = \mathbf{44,04 \%} \end{array}$$

Hechas las operaciones aritméticas pertinentes tenemos que a la señora Esther Alicia Navarro De Varela le Corresponde el 55,95% de la mesada pensional y a la señora Magdalena Del Carmen Espitia Guzmán el 44,04%. **Esto respecto del 50 por ciento al cual por ahora podrían acceder por la existencia de otro beneficiario hijo discapacitado.**

Corolario de lo anterior se condenará a la demandada ECOPETROL S.A., a pagar a la actora señora ESTHER ALICIA NAVARRO DE VARELA, la sustitución pensional a partir del 23 de junio de 2013 en 14 mesadas y en el porcentaje arriba anunciado de la pensión devengada por el causante para la calenda de su óbito o deceso que era de \$1.335.400, con su retroactivo; teniendo en cuenta que muy a pesar de que se presentaron la esposa y compañera permanente a reclamar la prestación, la entidad demandada tuvo en cuenta para conceder la misma la manifestación expresa del causante en la documental ya referencia, donde designa como única beneficiaria de su pensión a la señora MAGDALENA DEL CARMEN ESPTIIA GUZMAN, desconociendo las normas que rigen para los efectos y cercenando de paso el derecho de la actora el cual hoy es reconocido a través de esta providencia.

Con respecto al pago de los interese moratorios es menester indicar que son procedentes, toda vez que la parte actora presentó la solicitud el 23 de septiembre de 2013, y si bien es cierto el 8 de octubre de 2013, la entidad demandada contestó resolviendo desfavorablemente la solicitud, pero en atención a que había reconocido la misma a la señora MAGDALENA DEL CARMEN ESPTIIA GUZMAN, cuando pudo suspender el pago de esta y dejar que la justicia ordinaria laboral resolviera lo pertinente al reconocimiento de la misma. Así las cosas, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que los intereses se causan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, obligación del pago de tales mesadas que, surge en principio, cuando el interesado cumple los requisitos legales de edad y tiempo de servicios."

DECISIÓN: REVOCAR íntegramente la decisión apelada. **CONDENAR** a la empresa ECOPETROL S.A., a cancelar a la demandante la sustitución pensional en cuantía del 55,95%, esto respecto del 50% al cual por ahora podrían acceder por la existencia de otro beneficiario hijo discapacitado, con respecto a la compañera permanente el porcentaje será del 44,04%.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Radicación: 08001600000020150033909 / Número interno: 2019-0073 P-CJ



TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto

TEMAS: PRUEBA SOBREVINIENTE- Oportunidad y forma legal para incorporarla/
JUEZ DIRECTOR DEL DESPACHO- Tiene el deber de rechazar las solicitudes de las partes cuando resulten improcedentes/**AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO-** No es el escenario procesal para revivir oportunidades probatorias legalmente fenecidas

FECHA: Julio 8 de 2019- **AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO:** Septiembre 2 de 2019

PROCESADO: Javier Mosquera Munive

Aspecto fáctico:

En el presente asunto, el Tribunal estudia la alzada respecto de una solicitud de la Fiscalía de prueba sobreviniente referente al testimonio del señor Diego Armando Acuña Carvajalino, quien fuera presuntamente el autor material de los hechos que aquí se enjuician y que actualmente se encuentra recluido en cárcel El Bosque de la ciudad de Barranquilla.

Extractos:

“En el caso concreto, tenemos que el Juez Único Penal del Circuito especializado, decretó una prueba sobreviniente solicitada por la Fiscalía, la cual fue peticionada el 28 de marzo de la presente anualidad, fecha en la cual fueron convocadas las partes a la audiencia de sentido del fallo, cuando se había clausurado el debate probatorio conforme lo establece el artículo 445 de la ley 906 de 2004, que en su tenor literal indica: “Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo.” (Subrayado fuera de texto).

(...)

Observa esta Sala, que la delegada de la Fiscalía, de manera extemporánea solicitó durante la audiencia de sentido de fallo, como prueba sobreviniente el testimonio del señor Diego Acuña, argumentando en su petición que el mencionado se encontraba en libertad por vencimientos de términos desde el año 2015, dentro de esta misma causa y por tal motivo sus dos interrogatorios tuvieron que ser introducido a este juicio por medio de los investigadores de policía judicial Denis Díaz Granados, del cuerpo técnico de investigación de la fiscalía y del intendente jefe Fabián Calderón, del grupo de la Policía Nacional de la Dijin, ya que no fue posible ubicarlo, sólo hasta el día 7 de febrero de este año, cuando fue recapturado por el delito de hurto y cobijado por una medida de aseguramiento, por tal motivo hasta ese momento no podía hacer alusión a una prueba nueva o sobreviviente respecto al testimonio del señor Acuña Carvajalino.

Los artículos 344 y 346 de la Ley 906 de 2004, prevén la posibilidad de ordenar la práctica de pruebas cuando no se han descubierto oportunamente, siempre que se trate de una prueba sobreviniente que se ajuste a los presupuestos allí incluidos; sin embargo en el presente caso se pretende hacer uso de dicha excepción intentando revivir un debate probatorio que se encuentra finiquitado, vulnerando flagrantemente derechos fundamentales y principios rectores, petición que fue erradamente avalada por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla.

Sabemos que luego de los alegatos de cierre, la única prueba a practicar es la relacionada con el traslado establecido en el artículo 447 de la ley 906 de 2004, lo anterior en caso de condena; es así como las partes tienen la oportunidad de pronunciarse sobre las circunstancias que resulten relevantes en el ámbito de la punibilidad y aportar medios de conocimiento con miras a la fundamentación de sus pretensiones y atinentes a las particulares condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado y desde luego el juez se debe pronunciar sobre los puntos de vista para admitirlos o rechazarlos; en conclusión luego de los alegatos de cierre -en el traslado del artículo 447 de la ley 906 de 2004- existe cierta actividad probatoria referente **sólo a suministrar** elementos para la dosificación de la pena y para determinar la viabilidad de subrogados penales, pero nunca referente a la responsabilidad e inocencia del acusado. Sin embargo cabe resaltar que esta práctica probatoria no se rige por la estructura del juicio oral, pues las partes pueden aportar los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información que son fruto de sus labores investigativas y preparatorias del caso y que resultan relevantes para efectos de la punibilidad de la conducta.

El fundamento Jurisprudencial en el cual se apoyó el Juez Único Penal del Circuito Especializado, para acceder a la petición de la delegada fiscal, corresponde a una acción de revisión desatada por nuestro máximo órgano de cierre; frente a esto tenemos que erró el Juez Especializado, al tomar como punto de referencia una sentencia en sede de revisión, pues sabemos que el recurso de revisión es una vía para remediar una sentencia en firme que constituyó cosa juzgada y que está viciada por un error que desvirtúa el hecho delictual que dio origen al proceso, es decir que se trata del descubrimiento de nuevos hechos que dan lugar a un nuevo debate probatorio, pero debe proceder a favor del imputado; pero no se trata de revivir como pretende el Juez en el caso concreto, debates probatorios ya fenecidos al interior del proceso penal que aún no ha finiquitado, situación que pervierte el proceso penal y trastoca el orden del mismo.

Por lo anterior, esta Corporación llama la atención al Juez Único Penal Especializado, para que en lo sucesivo se abstenga de darle trámite a solicitudes improcedentes, y mucho menos conceder recurso de las mismas; pues esta

actitud contraría sustancialmente lo establecido en el artículo 139 del código de procedimiento penal que establece los deberes específicos o especiales de los jueces en el proceso penal y que en parte pertinente establece : “ 1.Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos.” Reiteradamente la Corte Suprema de justicia –Sala de Casación Penal-, se ha pronunciado sobre el rol de director del proceso que debe asumir el Juez en cada una de las audiencias que tramita, en este sentido se ha pronunciado esta Corporación:

“...La Sala ha reiterado que el Juez, como director del proceso, [t]iene el deber de velar porque los fines de la audiencia se cumplan con la mayor celeridad y con respeto de los derechos de las partes e intervinientes (Art. 10 de la Ley 906 de 2004), evitando en todo caso “excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (Art. 27 ídem). Igualmente, debe cumplir los deberes dispuestos expresamente en el artículo 139 de la misma normatividad, especialmente lo que atañe a “evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes y superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos”, sin perjuicio de las demás obligaciones inherentes a su rol.

De lo anterior depende que las audiencias cumplan los fines para los que están previstas, en el menor tiempo posible, con plenas garantías para las partes e intervinientes, presupuestos indispensables para que la ciudadanía pueda acceder a una justicia pronta y eficaz. No en vano el legislador hizo alusión a estos aspectos en varias normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y lo reiteró a lo largo de su articulado.

Así, cualquier cambio al orden que debe tener la audiencia según la ley y la jurisprudencia, y principalmente, cualquier decisión que afecte la celeridad del trámite, deben estar debidamente justificados, como quiera que afectan la posibilidad de que los casos se resuelvan con prontitud, con los costos de todo orden que ello implica (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras)...”¹⁴

Como corolario, el Juez tiene el deber de controlar las intervenciones de las partes, en orden a que solo se refieran a los aspectos pertinentes y se abstengan de darle trámite a peticiones improcedentes que trastorquen el orden del proceso; como en el presente caso, que se pretendió por parte de la fiscalía en la audiencia de sentido del fallo, solicitar una prueba sobreviniente. Por lo anterior, pese a que el juez de primera instancia accedió a la petición, lo que le correspondía era denegarla por improcedente.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia –Sala Casación Penal- Auto de fecha 7 de marzo de 2018, radicado: AP948-2018 M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Es por lo anteriormente considerado que esta Sala, revocará el auto objeto de impugnación y, en su lugar, declarara improcedente la solicitud de prueba sobreviniente peticionada por la Fiscalía y como consecuencia de lo anterior se ordenara continuar con el trámite de la audiencia de sentido de fallo tal como lo establece el artículo 446 de la ley 906 de 2004.”

DECISIÓN: REVOCAR el auto objeto de apelación y, consecuentemente, declarar improcedente la petición elevada por la Fiscalía de prueba sobreviniente solicitada en la audiencia de sentido de fallo.

M.S: Dr.JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Radicación: 080016001055201407393-01 /Número Interno: 2019-00163-P-

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: DOSIFICACIÓN PUNITIVA- Sistema de cuartos/ **PONDERACIÓN JUDICIAL-** Resulta acertada atendiendo a que no existían circunstancias de mayor punibilidad y la modalidad y gravedad de la conducta por la que se condena/**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-** La norma invocada debe estar vigente al momento de la comisión del hecho punible

FECHA: Octubre 1 de 2019

PROCESADO: Luis Daniel Valdes Rivera, Anderson Quiroga Herrera y Jonathan Alberto Duran Quintero

Aspecto fáctico:

En el presente evento, a los procesados la Fiscalía les imputó el delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO en calidad de coautores, y por allanarse a los cargos fueron acreedores de rebaja de conformidad con el artículo 351 del C.P.P y el artículo 16 del 1826 del 2017 quedando así la pena en 55 meses de prisión.

Extractos:

“Una de las manifestaciones del defensor es que en el aparte de la sentencia donde la Falladora decidió moverse al máximo del primer cuarto como pena imponible, afirma que la misma no fue motivada según los presupuestos que contempla.

Así entonces para entrar a dilucidar la problemática que esgrime el censor veamos que se dijo en el fallo en primera instancia:

“Como en el presente caso no concurre ninguna circunstancia de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 del C.P. el despacho se mueve dentro del primer cuarto con fundamento en el artículo 61 que establece los criterios para fijar la pena el despacho atendiendo al específico criterio de la intensidad del dolo, siendo que en el presente caso los procesados amedrantaron a la víctima con un arma de fuego, este despacho se moverá en el máximo del primer cuarto fijando la pena en 110 meses, fija además el artículo 61 como criterios, la gravedad de la conducta, el daño creado, la naturaleza de las causales que atenúan la responsabilidad, la necesidad de la pena, y la retribución justa, con fundamento específico en la intensidad del dolo y la gravedad de la conducta, en razón a que los hoy sentenciados amenazaron con un arma de fuego a la víctima colocando en riesgo su integridad física y psíquica”

En el presente asunto, es claro que la a quo se ciñó a los parámetros legales, pues se ubicó en el cuarto mínimo, como correspondía atendiendo a que no existían circunstancias de mayor punibilidad y atendiendo a sus razonamientos sobre la modalidad y gravedad de la conducta por la que se condena, impuso el extremo máximo de ese cuarto. Cosa distinta es que el apelante no esté de acuerdo con esa motivación, máxime cuando se echan de menos los argumentos de este para considerar como equivocadas esos razonamientos o que no fue motivada como aduce.

En conclusión, la jueza de primera instancia al momento de tasar la pena se apegó a los parámetros legales que existen al respecto, y habiendo motivado su decisión, la sala no encuentra válida la censura que hace el recurrente.

Otro de los libelos que realiza el apelante es que se debió aplicar a sus defendidos el subrogado penal del que habla el artículo 38A del C.P. con la modificación de ley 1142 del 2007, dado que, ellos cumple con todos los requisitos ahí establecidos, en favor a la aplicación del principio de favorabilidad artículo 6 del C.P.P. y artículo 29 constitucional.

Dicho ello, en lo que atañe al principio de favorabilidad se tiene que 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.

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.

Atendiendo a tales postulados, resulta notorio que para la aplicación del aludido principio es imperioso que se presente una sucesión de leyes en el tiempo, empero, en la Ley penal, se aplica la posterior siempre y cuando le sea más favorable al encausado, empero, en este caso, el recurrente solicita se aplique la Ley 1142 de 2007 y no la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 68 A.

En ese orden de ideas, se tiene que los hechos ocurrieron 25 de agosto del año 2014 cuando ya se encontraba en vigencia la ley 1709 de 2014, que esta derogó en su artículo 107 lo estipulado en el artículo 38A del C.P, luego entonces, no sería aplicable al caso *sub examine* este artículo, en tanto que, se encontraba derogado al momento de la comisión de los hechos por los cuales se declaró penalmente responsable a LUIS DANIEL VALDES RIVERA, ANDERSON QUIROGA HERRERA y JONATHAN ALBERTO DURAN QUINTERO, siendo en ese evento resulta imposible la aplicación de una norma, aun cuando se alegue el principio de favorabilidad, pues el mismo parte del aserto de que la disposición normativa que se pretende aplicar estuvo vigente al momento de la comisión del hecho delictivo o posteriormente, lo cual no sucede en el caso.

El sustitutivo que hace alusión el artículo 38A fue adicionado por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 el cual fue objeto de numerosas modificaciones empero este fue derogado por el artículo 107 de la Ley 1709 de 2014, norma que entró en vigencia en enero 20 de ese año.

Así las cosas, para la fecha del hecho estaban vigentes los artículos 63, 64, 38B y 38G de la Ley 599 de 2000, los cuales fueron estudiados en primera instancia, encontrando la falladora el procesado no tenía derecho a estos.

(...)

Primeramente el artículo 63 del Código Penal establece esta figura con el objeto de humanizar los mecanismos mediante los cuales el condenado inicia su proceso de resocialización. Para conceder tal figura es necesario que el procesado reúna los siguientes requisitos: (i) pena no mayor a 4 años de prisión; y (ii) ausencia de antecedentes penales, (iii) el injusto por el cual se dicta sentencia no se encuentre incluido en listados de delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A *ibídem*.

Tocante a los subrogados penales, es imperioso señalar que la a quo en su decisión negó la concesión de estos beneficios por ausencia del requisito objetivo, en tanto que fue condenado a cincuenta (55) meses de prisión lo que es superior a 4 años, límite establecido por el articulado 63, 64, y 38B de la Ley 599 de 2000, que fue estudiado en su integridad por la a quo, además también negó estos beneficio por prohibición expresa del artículo 68A del Código Penal, norma en la cual se señala que no se concederá este beneficio cuando la persona sea condenada por determinados delitos, entre ellos, el hurto calificado conducta punible por la que fueron condenados los señores LUIS DANIEL VALDES RIVERA, ANDERSON QUIROGA HERRERA y JONATHAN ALBERTO DURAN QUINTERO lo que hace imposible el otorgamiento del beneficio deprecado.

Mientras que en relación a la prisión domiciliaria, el artículo 38 del Código Penal, sucede la misma situación, de modo que tampoco es procedente, por lo que, fue acertada la decisión de la Falladora en primera instancia.

Tampoco es posible aplicar el 38G que indica el recurrente en su alzada, porque de entrada no se cumple con el requisito objetivo en tanto que estos artículos hablan que el condenado o procesado haya cumplido con una porción de la pena impuesta, y en tanto que para el caso el representado del recurrente se encuentra en libertad desde el 13 de Diciembre de 2014."

DECISIÓN: Confirmar decisión apelada.

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Núm. Interno: 2019-00130-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Solicitud de preclusión

TEMAS: ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA- El vencimiento de los términos procesales no constituye hecho punible/ **ELEMENTO SUBJETIVO-** Ausencia de dolo en la conducta del funcionario judicial

FECHA: Septiembre 26 de 2019

Causa fáctica:

En el presente caso, se estudia la solicitud de preclusión que presenta la Fiscalía dentro de una investigación preliminar por el delito de prevaricato por omisión por la causal denominado atipicidad del hecho investigado.

Extractos:

“En el sub judice, la Fiscalía Delegada ante este Tribunal, solicitó la preclusión de la indagación, a favor del Fiscal XXXXXXXXXXXXX, bajo el presupuesto que no hay dolo en su actuar y que el solo vencimiento de términos no constituye el delito denunciado.

Pues bien, dentro del material probatorio aportado por el Fiscal solicitante, puede evidenciarse que la apertura de la instrucción se decretó el 17 de febrero de 2004 y el cierre de la investigación se emitió el 5 de junio de 2007, por lo que, tal como lo dispuso el auto que decidió la vigilancia especial en el asunto que conoció el indagado, transcurrieron más de tres (3) años, superior al establecido en el artículo 329 de la Ley 600 de 2000.

Dicha normatividad señala:

“...ARTICULO 329. TERMINO PARA LA INSTRUCCION. *El funcionario judicial que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento, el término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación. No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicatos o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses. Vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación....”*

Sin embargo, aunque la noticia criminal fue del año 2002 y solo hasta el 17 de febrero de 2004 se dio la apertura de instrucción, durante ese lapso, el Fiscal 27 Seccional, recogió un caudal probatorio como: acreditaciones de propietarios que requirieron experticios de terrenos, inspecciones judiciales y demás pruebas tendientes a establecer la titularidad de los predios en aras de establecer los documentos públicos que fueron presuntamente alterados y que ocasionaron que el Juzgado Noveno Civil del Circuito y Segundo Civil del Circuito, profirieran las sentencias presuntamente inducidos en error.

Además, mediante resoluciones del 20 y 24 de marzo de 2007, el Fiscal indagado, declaró persona ausente a los señores Brenda Seoanaz, Carlos Rosales, Aurelio Enríquez, José Emilio Velásquez, Oscar Palacio y Arturo Palacio.

Es decir, que se adelantaron actuaciones por parte del indiciado, y el mero transcurso del tiempo, no configura una mora con la fuerza de predicar un prevaricato por omisión en dicho asunto.

Empero, no se colige que el indiciado haya actuado con dolo en el vencimiento del término para la instrucción, por lo que le asiste razón al Fiscal solicitante de la preclusión.

Y es que si bien esta Sala no puede desconocer que la investigaciones penales deben llevarse en el término indicado por el legislador, tampoco es posible pasar por alto la situación de la Fiscalía de este País, sobre ese tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado¹⁵:

"...La organización Estatal, para no pasar por alto esos mandatos Constitucionales, ha de controlar no solo que las investigaciones penales tiendan a finiquitarse dentro los términos asignados para ello, sino que, cuando las particularidades del asunto lo permitan, su trámite no se prolongue más allá del tiempo necesario, debiendo los funcionarios judiciales ser conscientes de ello y actuar coherentemente.

10.- En ese contexto, huelga reiterar que no le es dable al director de la investigación, siéndole posible decidirla en un lapso inferior, sujetarla al plazo máximo fijado por el legislador o ampararse en la inconcreción al respecto, y dejarla inactiva..."

Además, la investigación revistió de complejidad, en tanto eran varios los indiciados, los cuales fueron declarados como personas ausentes, al Fiscal le correspondió recoger elementos de prueba para desenmarañar la situación y así establecer a cuáles personas vinculaba a la investigación, aunado a que el Delegado del Ministerio Público también solicitó la nulidad de lo actuado."

DECISIÓN: Decretar la preclusión de la indagación preliminar, con base en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Radicación: 08-001-22-04-000-2019-00379-00 / Número Interno: 2019-00448

TIPO DE PROVIDENCIA: Tutela de segunda instancia

TEMAS: ACCIÓN DE TUTELA AL INTERIOR DE PROCESOS JUDICIALES EN CURSO- Improcedencia/ **MEDIOS PROCESALES DE DEFENSA-** Al interior del proceso penal el acusado debe realizar las solicitudes dentro de las oportunidades que consagra la legislación procesal vigente

FECHA: Octubre 8 de 2019

¹⁵ Rad. 40.483 de 2014.

ACCIONANTE: Gilberto Hernán Benavides Barragán

ACCIONADO: Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla

Caso fáctico:

En el presente asunto, se estudia la queja constitucional instaurada por un ciudadano inmerso dentro de un proceso penal que se encuentra actualmente en curso, que considera vulnerados dentro del mismo sus derechos de defensa y contradicción respecto de una declaración ambigua recepcionada al interior de dicha causa penal.

Extractos:

“En el caso concreto, observa la Sala que los argumentos de la parte accionante estriban en señalar que está siendo procesado y que en un intento de ejercer su derecho de defensa y contradicción el despacho accionado cercena dicha posibilidad con la negativa de volver a escuchar el testimonio de la señora Ana Judith Rojano Carreño, dadas las contradicciones en que esta última incurrió en su testimonio contrastado con versiones anteriores rendidas en los medios de comunicación, dicha negativa la sustenta el Juzgado 4º Penal del Circuito, en que la oportunidad para solicitar dicha prueba había precluido por lo que le corresponde a la defensa hacer las anotaciones correspondiente en la oportunidad para alegar.

No obstante, el precedente constitucional dicta, que debe protegerse de manera estricta el carácter subsidiario de la acción de tutela, lo cual exige que el fallador, analice en forma integral si proceden ante la vía ordinaria mecanismos idóneos y distintos a la acción de tutela, mediante el cual el actor pueda solicitar la protección de sus derechos, para no soslayar de esta forma la residualidad del trámite de amparo constitucional y permitir con ello que se convierta en una vía alterna o instancia adicional a la vía ordinaria, puesto que ello, atentaría en forma grosera contra el objeto y fines de la misma.

Considera esta Sala que no puede desconocerse que dentro del proceso llevado en contra del aquí accionante, existen mecanismos con los cuales hacer valer sus intereses, máxime si su inconformidad radica en las pruebas con las cuales se pretende endilgar responsabilidad en la comisión del punible de Homicidio Agravado, por cuanto lo que se pretende en esta ocasión es atacar una providencia judicial dictada en audiencia, frente a la cual proceden los recursos

ordinarios de reposición y en subsidio de apelación, máxime cuando el proceso se encuentra en trámite.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, se procede a estudiar si es procedente la acción de tutela para acceder a las pretensiones incoadas por la parte actora, verificando los postulados señalados ut supra sobre los aspectos que deben cumplirse para que sea tenida como procedente la misma.

Sobre el aspecto de la subsidiariedad, cabe resaltar el mismo como el filtro por excelencia de la acción de tutela, el cual protege el objeto mismo por el cual fue instituida y mediante el cual se mantiene su estructura como mecanismo residual y subsidiario, es decir, no puede ser tomado como un mecanismo alterno a los que pueden tener a su disposición en la vía ordinaria, quienes acudan al mismo.

La Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el carácter subsidiario de la acción de tutela debe ser estrictamente observado y protegido, lo que obliga al Juez de tutela a que realice un test de ponderación y establezca si es necesaria la intromisión del mismo dentro de una esfera que pertenece a la vía ordinaria, en caso de que exista la vulneración de derechos fundamentales, bajo los siguientes parámetros:

- i) Cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.*
- ii) Cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante.*
- iii) Cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable*

El primero de los parámetros, señala básicamente que debe analizarse en el caso en el que se pretenda la procedencia de la acción de tutela, que quien la promueve no tenga otro medio de defensa judicial de sus derechos, sin que ello signifique, que deba tenerse como procedente la acción de tutela, ya que éste mecanismo no es una tercera instancia para dirimir o debatir asuntos que giren alrededor de las inconformidades con decisiones que se adopten en el curso de actuaciones judiciales, mucho menos si las mismas no ha culminado y se encuentra en trámite, si bien accidentada, esto obedece precisamente a los defensores del accionante, por lo que no puede exigir celeridad si el proceso ha sido torpedeado por dilaciones y aplazamientos procedentes de esa parte, máxime cuando no acredita haber agotado los mecanismos de defensa a su disposición frente a decisiones controversiales como la que se pretende atacar a través de la acción de tutela, por cuanto frente a las resoluciones probatorias,

y en mayor proporción las resueltas de manera negativa, proceden los recursos ordinarios de reposición y en subsidio apelación.

El segundo parámetro dicta que el medio de defensa, de tenerlo, no debe ser eficaz o idóneo y tal cosa impone una carga probatoria sobre la parte accionante, quién debe señalar el por qué los mecanismos de defensa en la vía ordinaria no son idóneos para la defensa de sus derechos, lo cual no fue señalado por la parte accionante, pues dentro de los hechos no hace mención a la ineficacia de los recursos ordinarios mencionados en párrafos anteriores.

El tercer parámetro, establece que aun frente a la existencia de mecanismos de defensa judicial, se tenga que tomar la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, siendo que este último debe estar plenamente probado, teniendo en cuenta que la amenaza a los derechos fundamentales alegados sea real, objetiva y tangible.

Sobre este último parámetro, se tiene que debe probarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable que sea real, tangible y objetivo, carga probatoria que no ha sido cumplida por la parte actora, ya que si bien manifiesta que acude a la acción de tutela porque en la próxima audiencia fijada, esto es, el 18 de octubre de los corrientes se cerrará el periodo probatorio, tal situación en si no constituye un perjuicio irremediable, ni mucho menos comporta una violación a los derechos fundamentales deprecados en esta acción de tutela.

(...)

Respecto del anterior análisis, se extrae sin lugar a dudas que la presente acción de tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad genéricos y cosa idéntica sucede con los requisitos específicos.

De allí que al desprenderse que, no se ha superado íntegramente el filtro de los requisitos generales y específicos de procedencia, en los cuales la Jurisprudencia Constitucional se ha asegurado de establecer pautas de riguroso examen, que salvaguardan las naturales de la acción de tutela, como lo es el examen del requisito de subsidiariedad, que en el presente no se cumple por lo indicado ut supra, lo que desemboca como ya se dijo, en que se niegue por improcedente el amparo deprecado por la parte accionante, ya que tiene la oportunidad de ejercer la defensa de sus intereses y hacer valer el debido proceso en el trámite del proceso seguido en su contra, por cuando la intervención del juez de tutela está vedada cuando está en curso la actuación judicial y el actor cuenta con mecanismos de defensa en su interior, para que el organismo competente, llámese Fiscalía y Juez, tome las medidas procedentes, pues como se ha venido diciendo, frente a la negativa probatoria procedían los recursos ordinarios, los

cuales al no haber sido ejercitados de manera caprichosa, restan procedencia a la solicitud de amparo. (...)

DECISIÓN: Declarar improcedente el amparo constitucional deprecado.

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

